

TRIBUNAL ARBITRAL**CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA****VS.****PROYECTOS Y DESARROLLOS I S.A.**

El Tribunal Arbitral integrado por los Árbitros, José Alejandro Bonivento Fernández, Presidente, Héctor Marín Naranjo y José Fernando Ramírez Gómez, en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales profiere el siguiente:

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 31 de agosto de 2016

CAPÍTULO PRIMERO**TRÁMITE ARBITRAL****1. PARTES.****1.1. Parte convocante**

(i) La parte convocante o demandante está conformada por la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, entidad estatal del orden nacional con autonomía administrativa y presupuestal,

representada legalmente por el señor Contralor General de la República, Edgardo Maya Villazón y representada en este proceso por el abogado Ricardo Hoyos Duque.¹ En adelante: la "Contraloría", la "convocante" o la "CGR".

1.2. Parte convocada

La parte convocada o demandada está conformada por **PROYECTOS Y DESARROLLOS I S.A.**, sociedad comercial domiciliada en Bogotá, representada legalmente por su Gerente, Pablo Salazar De Heredia y en este proceso por la abogada Marcela Monroy Torres.² En adelante: "Proyectos y Desarrollos", "PyD", o la "convocada".

2. PACTO ARBITRAL

Mediante Compromiso, celebrado por las partes, luego de presentada la demanda arbitral, éstas dejaron sin efecto la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de arrendamiento No. 233 de 2012 y entraron a definir nuevamente los alcances de este Tribunal Arbitral en los siguientes términos:

*"Entre los suscritos a saber, por una parte, el señor **PABLO SALAZAR DE HEREDIA**, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía 17.149.040 de Bogotá, actuando en el presente acto en nombre y representación de **PROYECTOS Y DESARROLLOS I S.A.**, sociedad mercantil domiciliada en Bogotá D.C., constituida legalmente, y por otra parte, el doctor **EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN**, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.134.860 de Bogotá, actuando como representante legal de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, entidad de carácter técnico con autonomía administrativa, presupuestal y contractual, de*

¹ Cuaderno Principal 1, folios 491 a 494.

² Cuaderno Principal 1, folios 68 a 71.

conformidad con lo dispuesto en los artículos 267 de la Constitución Política y 7 del Decreto 267 de 2000, hemos acordado el siguiente **COMPROMISO**, para solucionar las diferencias surgidas entre las Partes con ocasión del contrato de arrendamiento 233 de 2012:

"Las Partes acuerdan someter a la justicia arbitral la solución de todas las controversias presentadas entre las mismas, con ocasión del contrato de arrendamiento No. 233 de 2012, dentro de las cuales se encuentran su validez, celebración, ejecución, interpretación, liquidación, restitución del inmueble, recibo de la cosa arrendada, incumplimiento o mora de las obligaciones a cargo de las Partes y aplicación de las sanciones contractuales que no pudieron ser resueltas por las Partes.

"El Tribunal de Arbitramento se sujetará a las Leyes vigentes sobre la materia y estará integrado por tres (3) árbitros, escogidos de común acuerdo por las Partes, dos (2) de los cuales deben contar con experiencia como árbitros en materia de contratación estatal y el restante con experiencia en arbitraje sobre controversias de derecho privado.

"En caso de no existir acuerdo, cada parte conformará una lista de cinco (5) nombres para un total de dos (2) listas y diez (10) nombres. Cada una de las partes escogerá un nombre de la lista elaborada por la otra parte, de tal manera que así quedarán elegidos dos (2) árbitros.

"El tercer árbitro será escogido de una lista de cuatro (4) nombres, dos (2) designados por cada una de las partes. De no existir acuerdo, cada una de las partes elegirá a un nombre de su propia lista y sobre esos dos candidatos se surtirá el sorteo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

"En el evento en el cual alguno de los árbitros designados no pueda asumir la función encomendada, se aplicará el mismo procedimiento establecido en este documento para la designación de su reemplazo.

"Las partes tendrán la facultad de solicitar el cambio de cualquiera de los nombres de las distintas listas antes mencionadas.

"La organización y funcionamiento del Tribunal se sujetará a lo previsto en la Ley 1563 de 2012. El Tribunal de Arbitramento fallará en derecho y funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1563 de 2012, inciso segundo, las partes acuerdan que los honorarios de los árbitros del secretario serán los siguientes: (i) honorario de cada árbitro la suma de cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000) más IVA, si a éste hubiere lugar, y (ii) los honorarios del secretario la suma de doscientos millones de pesos (\$200.000.000) más IVA, si a éste hubiere lugar.

"Este compromiso regirá el Tribunal de Arbitramento que ha sido convocado por la Contraloría General de la República mediante demanda presentada el día 12 de diciembre de 2014, sobre el contrato antes mencionado y celebrado por las partes que suscriben el presente documento, así como la contestación de la demanda y la eventual reconvencción.

"Por lo tanto, las partes dejan sin efecto la cláusula compromisoria que estaba prevista en el contrato estatal de arrendamiento No. 233 de 2012, la cual queda sustituida por este COMPROMISO."³ (negrilla del texto original, subraya del Tribunal)

3. DEMANDA (SOLICITUD DE CONVOCATORIA)

La demanda inicial fue presentada por la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara

³ Cuaderno Principal 1, folios 65 a 67.

de Comercio de Bogotá el doce (12) de diciembre de dos mil catorce (2014).⁴

4. NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL

En la fecha y hora prevista para llevar a cabo la audiencia de designación de árbitros, el 14 de enero de 2015, las partes presentaron el documento denominado "**Compromiso entre la Contraloría General de la República y Proyectos y Desarrollos I S.A.**", mediante el cual dejaron sin efecto la cláusula compromisoria prevista en el Contrato estatal de arrendamiento No. 233 de 2012 y procedieron a designar los árbitros, de común acuerdo, conforme a lo previsto por las partes en el citado documento.⁵

El Tribunal quedó conformado por JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, HÉCTOR MARÍN NARANJO y JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, quienes oportunamente manifestaron su aceptación y dieron cumplimiento a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.⁶

La audiencia de instalación se llevó a cabo el 4 de mayo de 2015, dónde se designó como secretaria a CLARA LUCÍA URIBE BERNATE, quien, al aceptar, dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.⁷

5. ADMISION, NOTIFICACIÓN, CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, DEMANDA DE RECONVENCIÓN, REFORMAS Y TRASLADO DE EXCEPCIONES

⁴ Cuaderno Principal 1, folios 1 a 20.

⁵ Cuaderno Principal 1, folios 63 a 67.

⁶ Ver Actas de designación de árbitros de fechas, 14 de enero de 2015 (folio 63), 23 de febrero de 2015 (folio 234) y 20 de marzo de 2015 (folio 352), todas obrantes en el cuaderno principal 1.

⁷ Cuaderno Principal 1, folios 485 a 490.

La demanda inicial se tramitó debidamente y dentro del término de su contestación Proyectos y Desarrollos I S.A., presentó demanda de reconvencción, cuya admisión fue notificada a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, que procedió a asumir la condición de interviniente en el proceso.⁸

Antes de la fecha prevista para la audiencia de conciliación, ambas partes presentaron reforma de sus demandas. El Tribunal admitió las reformas y se surtió el trámite de traslado de éstas y de las correspondientes excepciones, garantizando a las partes todas las oportunidades legales para solicitar pruebas y ejercer el derecho de defensa frente a su contraparte.⁹

6. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

La audiencia de conciliación se llevó a cabo el 20 de noviembre de 2015. Oídas las partes, el Tribunal pudo verificar la ausencia de ánimo conciliatorio y a su vez determinar la imposibilidad de lograr un acuerdo que pudiese dar por terminado el proceso. En consecuencia, se declaró

⁸ Cuaderno Principal 2: mediante Auto No. 9 de 7 de julio de 2015, el Tribunal resolvió, tener por contestada la demanda presentada por la Contraloría y admitió la demanda de reconvencción presentada por Proyectos y Desarrollos I, (Acta 7, folio 227), la ANDJE fue notificada el 8 de julio de 2015 (folios 238 a 240) y dio contestación a la demanda mediante escrito presentado el 27 de agosto de 2015 (folios 275 a 299), la demandada en reconvencción se notificó en audiencia y dio contestación a la demanda dentro del término legal (folios 305 a 329), el traslado de las excepciones de mérito corrió conjuntamente respecto de cada una de las demandas y las partes se manifestaron dentro del término correspondiente (folios 330 a 364; mediante Auto No. 14 de 28 de septiembre de 2015, el Tribunal citó a las partes a Audiencia de Conciliación el 21 de octubre de 2015 (Acta 8, folios 365 y 366).

⁹ Cuaderno Principal 3: Reforma de la demanda (16 de octubre de 2015, folios 2 a 63), reforma de la demanda de reconvencción (16 de octubre de 2015, folios 65 a 147), Auto No. 15 de 21 de octubre de 2015, mediante el cual se admitieron las reformas de las demandas (Acta 9, folios 157 a 160), contestación de la reforma de la demanda por parte de PROYECTOS Y DESARROLLOS (folios 257 a 378), contestación de la reforma de la demanda de reconvencción por parte de la ANDJE (folios 179 a 225), contestación de la reforma de la demanda de reconvencción por parte de la Contraloría (folios 226 a 256), Auto No. 17 de 6 de noviembre de 2015 mediante el cual se dio traslado de las excepciones y se señaló fecha para audiencia de conciliación (Acta 10, folios 379 a 381), pronunciamientos sobre las excepciones (Contraloría, folios 385 a 393) (Proyectos y Desarrollos, folios 394 a 439).

fracasada la etapa correspondiente y se prosiguió con el trámite arbitral.¹⁰

7. FIJACIÓN DE HONORARIOS POR EL TRIBUNAL

Por auto de 20 de noviembre de 2015, el Tribunal señaló las sumas correspondientes a los honorarios de los Árbitros y la Secretaria, los gastos de funcionamiento del Centro de Arbitraje y los gastos de secretaría. Cada una de las partes pagó las sumas a su cargo dentro del término legal.

8. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El 13 de enero de 2016, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, dentro de la cual el Tribunal se pronunció sobre su propia competencia y a continuación resolvió sobre las pruebas solicitadas por las partes. Todo ello consta en Acta No. 13 de la fecha.¹¹

8.1 Competencia del Tribunal

Mediante auto No. 23, el Tribunal resolvió:

"Sin perjuicio de lo que se decida en el Laudo, asumir competencia para conocer de la demanda formulada por la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, en contra de la sociedad PROYECTOS Y DESARROLLOS I S.A., así como también de la demanda de reconvención presentada por esta última en contra de la entidad convocante y para conocer, en consecuencia,

¹⁰ Cuaderno Principal 3, Acta 11 de 20 de noviembre de 2015, folios 440 a 449.

¹¹ Cuaderno Principal 4, folios 2 a 44.

de las excepciones presentadas en las respectivas contestaciones.”

La convocada, PROYECTOS Y DESARROLLOS I S.A., interpuso recurso de reposición contra la providencia, el cual fue resuelto por el Tribunal en auto No. 24 de la misma fecha, manteniendo la providencia recurrida.

8.2. Auto de pruebas

Mediante auto 25 de 13 de enero de 2016, el Tribunal resolvió sobre las pruebas pedidas por las partes.

9. AUDIENCIA DE ALEGATOS

Mediante auto 33 de 12 de abril de 2016, el Tribunal declaró cerrado el término probatorio y citó a las partes a audiencia de alegatos.¹²

La audiencia de alegatos, se celebró el 31 de mayo de 2016, según consta en el Acta No. 19 de la fecha y en ella el Tribunal escuchó las alegaciones finales de la Contraloría, de la ANDJE y de Proyectos y Desarrollos, así como el concepto del Ministerio Público.¹³

10. TÉRMINO DEL PROCESO

El presente laudo arbitral se profiere dentro del término legal correspondiente, pues al término inicial del proceso, que habría vencido el 13 de julio de 2016, deberán agregársele los días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por petición conjunta de las partes, según el siguiente cuadro:

¹² Cuaderno Principal 4, folio 116.

¹³ Cuaderno Principal 4, folios 123 a 125.

Pr videncia	Inici	Terminaci ´ n	Días calendario de suspensión
Auto 27, 13 – 01- 2016	15/01/ 2016	7 /02/2016	24
Auto 30, 17 – 02– 2016	18/02/ 2016	13/03/ 2016	25
Auto 32, 14 – 03 -2016	15 /03/ 2016	11 /04/ 2016	28
Auto 34, 12 – 04– 2016	13/04/ 2016	30/05/ 2016	48
Total días de suspensión			125

Teniendo en cuenta el máximo de días de suspensión permitidos por la ley (artículo 10 Ley 1563 de 2012), el término para proferir el Laudo vence el día 10 de noviembre de 2016.

CAPÍTULO SEGUNDO

SÍNTESIS DEL PROCESO

1. LA DEMANDA DE LA CONTRALORÍA

1.1 Las pretensiones

La transcripción de las pretensiones se hará más adelante en el momento que el Tribunal aborde su estudio puntual; por ahora basta

con referir, de manera general, que las pretensiones de la demanda de la Contraloría, están dirigidas a obtener del Tribunal la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato de Arrendamiento 233 de 2012, principalmente, y, de manera subsidiaria, la declaratoria de nulidad absoluta de la cláusula sexta del mismo contrato.

1.2 Los hechos

A manera de resumen, se resaltan los principales hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda así:

- La elaboración de un proyecto para la adquisición de servicios de alquiler y administración de la planta física para el funcionamiento de la sede central de la Contraloría en Bogotá. – Ficha de formulación del proyecto – en junio de 2011. (hechos 1 a 3)
- La realización de un sondeo de mercado inmobiliario corporativo a través del cual la Contraloría pretendía la adquisición de un inmueble para el funcionamiento de su sede central, durante los meses de junio y julio de 2011. (hecho 4)
- La solicitud de cotización presentada por parte de la Contraloría a la sociedad Proyectos y Desarrollos I S.A., en agosto de 2011, en la cual le indicaba la información requerida. (hecho 6)
- La oferta presentada por Proyectos y Desarrollos el 7 de septiembre de 2011, dentro de la cual se incluyeron diferentes opciones de negocio. (hecho 7)
- La manifestación del interés de la Contraloría en arrendar el inmueble ofrecido por Proyectos y Desarrollos por un periodo de 3 años, ocurrida el 23 de noviembre de 2011. (hecho 9)
- Las negociaciones adelantadas entre noviembre de 2011 y marzo de 2012, entre la Gerencia Administrativa y Financiera de la Contraloría y el Abogado Fernando Laserna Silva, designado con tal propósito por Proyectos y Desarrollos y el avalúo comercial solicitado por Proyectos y Desarrollos. (hechos 10 y 11)
- La elaboración, por parte de la Contraloría, de los estudios previos para contratar directamente el arrendamiento del inmueble requerido. (hechos 17 a 22)

- La presentación de la oferta de arrendamiento de espacio funcional del inmueble Gran Estación II Centro Comercial P.H. por parte de Proyectos y Desarrollos a la Contraloría, el 12 de marzo de 2012. (hecho 23)
- La celebración de un convenio interadministrativo entre la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República en marzo de 2012. (hechos 25, 26 y 27)
- La expedición de la Resolución No. 1800 del 23 de marzo de 2012, mediante la cual la Contraloría declaró la procedencia de la celebración de los contratos con la firma Proyectos y Desarrollos I S.A., en la modalidad de contratación directa, para el arrendamiento funcional de la sede de la Contraloría y de la Auditoría. (hecho 28)
- La celebración del Contrato de arrendamiento 233 entre la Contraloría General de la República, en condición de arrendataria y la sociedad Proyectos y Desarrollos I. S.A., en condición de arrendadora, el 29 de marzo de 2012. Es la interpretación del clausulado y texto de este contrato, por parte de la Contraloría, la que constituye el fundamento primordial de las pretensiones de nulidad del contrato y subsidiarias respecto de la nulidad de la cláusula sexta del mismo. (hechos 29 a 43)
- La modificación No. 01, del antes citado Contrato 233, suscrita entre las partes el 29 de mayo de 2012 y relacionada con el término de duración del contrato, el canon y algunas obligaciones especiales del arrendador. (hecho 44 y 45)
- La suscripción de las Actas de entrega de los inmuebles objeto del contrato, el 15 de septiembre de 2012 y la remisión de los inventarios de inmuebles por adhesión y destinación el 6 de noviembre de 2012. (hechos 55, 56 y 62 a 67)
- La adición y prorroga del Contrato 233, acordada entre las partes el 17 de julio de 2014, mediante la cual se extendió el término de ejecución del Contrato hasta el 31 de diciembre de 2014. (hecho 46 y 47)
- La terminación del Contrato 233, por vencimiento del término, el 31 de diciembre de 2014 y el consecuente cruce de comunicaciones entre las partes, motivados, en su mayoría, en las discrepancias respecto de la entrega de los inmuebles, con ocasión

de la interpretación de cada una respecto de la validez del contrato y de la cláusula sexta del mismo. (hechos 87 a 112)

- La celebración del Contrato de arrendamiento 234, entre las mismas partes y de la misma fecha que el Contrato 233, pero cuyo objeto era un área de oficina diferente, destinada al funcionamiento de las oficinas de la Auditoría General de la República. La posterior cesión y modificación de este Contrato. (hechos 49, 50 y 51)

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1 En cuanto a las pretensiones de la demanda

Proyectos y Desarrollos I S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda de la Contraloría, por considerarlas carentes de fundamento fáctico y jurídico, según explica detalladamente en su escrito de contestación.

2.2 En cuanto a los hechos de la demanda

La convocada se pronuncia respecto de todos los hechos de la demanda, aceptando algunos como ciertos, negando otros, y en su mayoría, precisando el alcance de las afirmaciones de la convocante o de las circunstancias por ésta referidas.

2.3 Excepciones

La convocada formuló varias excepciones de mérito, dirigidas a demostrar la validez del contrato y además propuso algunas excepciones puntuales relativas a la falta de competencia del Tribunal para conocer de algunas de las pretensiones de la demanda y a la caducidad.

Cada una de estas excepciones será transcrita más adelante en este Laudo, en el momento en el que el Tribunal aborde su estudio y decisión, si a ello hay lugar.

3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

3.1 Las pretensiones

La transcripción textual de las pretensiones de Proyectos y Desarrollos se hará más adelante cuando el Tribunal aborde su estudio puntual, por ahora basta con referir, de manera general, que las pretensiones principales de la demanda de reconvención, están dirigidas a obtener del Tribunal la declaratoria de validez del Contrato 233 de 2012, la declaratoria de incumplimiento por parte de la Contraloría y las condenas consecuenciales. Subsidiariamente, y ante la eventualidad de que el Tribunal declare la nulidad del contrato, y por tanto no acoja las pretensiones principales de la demanda de reconvención, se solicitan, reconocer la buena fe de Proyectos y Desarrollos en su comportamiento contractual y su derecho a no verse perjudicado por las consecuencias económicas de una nulidad a la que no dio lugar.

3.2 Los hechos

Los hechos referidos como fundamento de la demanda de reconvención no difieren, en lo fundamental, de aquellos mencionados como fundamento de la demanda principal. Existen sí, diferencias en las interpretaciones y alcances que cada parte pretende de algunos hechos, en especial, de algunas de las cláusulas del contrato y de las obligaciones de las partes al momento de la terminación del contrato y de la devolución de los inmuebles.

La demandante en reconvención subdivide su narración en cuatro: los hechos relativos a la etapa precontractual (hechos 1 a 23), los relativos

a la celebración del contrato (hechos 24 a 39), los relacionados con la ejecución y terminación del contrato (hechos 40 a 58) y, por último, aquellos que dan cuenta de las actuaciones de las partes con posterioridad a la terminación del contrato (hechos 59 a 71). La parte se extiende en la transcripción de varios de los documentos aportados, para enfatizar sobre la interpretación y consecuencias que, a su juicio, se desprenden de ellos.

3.3 El juramento estimatorio

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, bajo la gravedad del juramento, Proyectos y Desarrollos estima el valor de sus perjuicios en lo que denomina tres escenarios distintos, de acuerdo con la solución que el Tribunal dé a sus pretensiones.

- a) Primer escenario de validez del contrato en el que cuantifica sus perjuicios en la suma de \$56.352.997.227, discriminados según se indica en el aparte respectivo de la demanda.
- b) Segundo escenario de validez del contrato, en el que la cuantía estimada y discriminada es de \$62.973.082.337.
- c) El escenario de nulidad del contrato, en el que la cuantía de los perjuicios se estima en \$29.721.394.089.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

4.1 En cuanto a las pretensiones de la demanda

La Contraloría se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Fundada en la contestación de los hechos y las excepciones propuestas, solicita al Tribunal rechazar todas las pretensiones de la demanda de reconvención.

4.2 En cuanto a los hechos de la demanda

La demandada en reconvención se pronuncia respecto de todos los hechos enumerados en la demanda; acepta como ciertos algunos, niega o acepta parcialmente otros, y en general, reafirma la situación fáctica planteada en la demanda principal.

4.3 Las excepciones

Las excepciones propuestas por la Contraloría son coincidentes con las pretensiones de la demanda principal, en cuanto giran en torno a la nulidad absoluta del contrato o de la cláusula sexta de éste. En todo caso el Tribunal abordará su estudio en el momento oportuno y allí hará la transcripción o referencia puntual a cada una de ellas.

4.4 La objeción al juramento estimatorio

La demandada en reconvención objetó el juramento estimatorio presentado por Proyectos y Desarrollos I S.A.

5. LAS PRUEBAS DECRETADAS

5.1 Documentales

Fueron admitidas y decretadas como pruebas todas las documentales que se anexaron por las partes a los escritos de demanda y demanda de reconvención, sus reformas y sus respectivas contestaciones, así como al escrito presentado durante el traslado de las excepciones. Estos documentos fueron agregados al expediente, y de ellos dan cuenta los cuadernos de pruebas 1, 2, 3, 4 y 5.

5.2 Testimonios

El Tribunal recibió las declaraciones de los siguientes testigos:

CARLOS EDUARDO UMAÑA LIZARAZO	Funcionario de Nivel directivo de la Contraloría entre septiembre de 2010 y Octubre de 2014.	Acta 14, 8/02/2016	Cuaderno de pruebas No. 8, folios 76 a 107
LIGIA HELENA BORRERO RESTREPO	Funcionaria de nivel directivo de la Contraloría entre septiembre de 2010 y Octubre de 2014	Acta 14, 8/02/2016	Cuaderno de pruebas No. 8, folios 107 a 120
FERNANDO AUGUSTO LASERNA SILVA	Abogado, asesor de PYD y negociador del Contrato en su nombre.	Acta 18, 12/04/16	Cuaderno de Pruebas No. 8, folios 219 a 259

5.3 Oficios

Se libraron los oficios ordenados por el Tribunal, cuyas respuestas fueron puestas en conocimiento de las partes y agregadas al expediente como se indica a continuación:

Oficio No.	Destinatario	Respuesta	Expediente
1, 14/01/2016	Corte Suprema de Justicia	17/02/2016	Cuaderno de Pruebas 10, folios 291 a 326 y CP 11
2, 14/01/2016	Auditoría General de la República	17/02/2016	Cuaderno de Pruebas 10, folios 153 a 211
3, 14/01/2016	Ministerio de Hacienda	17/03/2016	Cuaderno de Pruebas 10, folios 293 a 326
4, 14/01/2016	Departamento Nacional de Planeación	1/02/2016	Cuaderno de Pruebas 10. Folios 7 a 151

5, 14/01/2016	Consejo de Estado	4/04/2016	Cuadernos de Pruebas 13 a 22
6, 14/01/2016	Contraloría General de la República	19/02/2016	Cuaderno de Pruebas 12
7, 14/01/2016	Proyectos y Desarrollos I S.A.	22/01/016	Cuaderno de Pruebas 10, folios 2 a 5

5.4 Exhibición de documentos

De acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal, se practicaron dos diligencias de exhibición de documentos:

a. Por la Contraloría General de la República, el 17 de febrero y el 14 de marzo de 2016, ante el Tribunal y en su sede, se exhibieron los documentos ordenados y se aportó copia de aquellos que indicó la parte solicitante de la prueba. Los documentos fueron agregados a los cuadernos de prueba No. 6, 7 y 8.

b. Por Carvajal Espacios S.A.S., el mismo 17 de febrero, en horas de la tarde y también en la sede del Tribunal, se exhibieron los documentos ordenados y se aportaron copias de todos los exhibidos. Los documentos fueron agregados al cuaderno de pruebas 9.

5.5 Dictámenes periciales aportados por la convocada

En relación con los dictámenes aportados por Proyectos y Desarrollos I S.A., se recibió la declaración de los expertos, **Juan Fernando Múnera Posada**, en calidad de socio consultor de VALOR & ESTRATEGIA S.A. y de **Roberto Cáceres Ferro**, en representación de la firma COLLIERS INTERNATIONAL. La audiencia correspondiente se llevó a cabo el 8 de febrero de 2016, según da cuenta el Acta No. 14. La transcripción de las declaraciones fue agregada al Cuaderno de Pruebas No. 8, a folios 57 a 75.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Contraloría

Durante sus alegaciones finales la Contraloría, luego de exponer sus razones jurídicas, solicitó al Tribunal declarar la nulidad absoluta del Contrato de arrendamiento 233 de 2012 y subsidiariamente declararla únicamente en relación con la cláusula sexta. Como consecuencia de la pretendida nulidad, solicitó que se declare que la Contraloría no debe efectuar pago alguno a favor de Proyectos y Desarrollos. En cuanto a la demanda de reconvención solicitó se negaran las pretensiones principales y subsidiarias impetradas por la sociedad demandante.

A manera de resumen de los alegatos, el Tribunal se permite transcribir textualmente, el presentado por el propio apoderado de la Contraloría dentro de su escrito de alegaciones.

- *"De los antecedentes del contrato de arrendamiento No. 233 de 2012 se desprende que, a través de este, la Contraloría General de la República buscaba una solución transitoria a los problemas que se presentaban en las oficinas de su propiedad, en los edificios Colseguros y Crisanto Luque. Inicialmente, la Contraloría quiso celebrar un contrato de leasing. Con posterioridad, la Contraloría planteó la celebración de un contrato de arrendamiento."*
- *"En la elaboración de los estudios previos la Contraloría contó con la participación activa de la empresa Proyectos y Desarrollos I S.A. Así se desprende de la ficha de formulación del proyecto, en la cual se expresa que esta fue elaborada, en forma conjunta, por el órgano de control fiscal y la citada sociedad."*
- *"En los estudios previos la Contraloría señaló que en el contrato de arrendamiento cuya nulidad se demanda, se incluiría como objeto de este, lo relativo a **"la adquisición, mantenimiento de mobiliario, ejecución y supervisión de actividades de mantenimiento preventivo y correctivo a la estructura de edificaciones"**, aspectos estos ajenos al mismo y que debían contratarse a través del procedimiento de licitación pública."*

- *"De acuerdo con los estudios previos del contrato, solicitud de propuesta de la Contraloría y oferta de Proyectos y Desarrollos, las partes quisieron celebrar un contrato de arrendamiento por el término de diez (10) años."*
- *"El contrato demandado está viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito, al haber eludido el procedimiento de licitación pública, que es la regla general en materia de contratación estatal, al haberse contratado el servicio de mantenimiento del inmueble arrendado, así como la adquisición de los llamados inmuebles por adhesión y por destinación, si el plazo del contrato no se extendía por diez (10) años."*
- *"Aún si se aceptara, en gracia de discusión, que el contrato demandado podía celebrarse a través del procedimiento de contratación directa, este está viciado de nulidad absoluta, por violación del principio de selección objetiva, toda vez que, antes de su celebración, la Contraloría no realizó un verdadero estudio de mercado, que permitiera efectuar la comparación de las ofertas presentadas. Adicionalmente, nueve (9) meses antes de la celebración del contrato, la Contraloría contó con el acompañamiento del contratista en la elaboración de los estudios previos."*
- *"El parágrafo segundo de la cláusula sexta del contrato está viciado de nulidad absoluta, por objeto ilícito, al haberse pactado una prórroga automática de ocho (8) años, con lo cual se desconocieron los principios de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general y de transparencia."*
- *"Con la celebración del contrato se violaron las normas presupuestales que prohíben adquirir obligaciones sin contar con la respectiva disponibilidad, así como comprometer vigencias futuras más allá del período presidencial, el cual, en el presente caso, culminaba el 7 de agosto de 2014, razón por la cual debe declararse su nulidad absoluta."*

- *"La declaratoria de nulidad absoluta del contrato, como consecuencia del carácter retroactivo de la misma, debe dar lugar a las restituciones mutuas, en los términos del art. 48 de la ley 80 de 1993; es decir, debe declararse que la Contraloría solo estaba obligada al pago del canon de arrendamiento hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha en la cual dejó de ocupar los bienes arrendados."*
- *"Declarada la nulidad absoluta del contrato, ninguna de sus cláusulas puede producir efectos jurídicos. Por consiguiente, debe rechazarse la demanda de reconvención, así como las pretensiones subsidiarias, mediante las cuales se solicita la indemnización de perjuicios y el restablecimiento económico de un contrato que dejó de existir."*

6.2. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – (ANDJE)

El representante Ad Hoc de la ANDJE, quien intervino oralmente en la Audiencia de Alegaciones, también presentó el escrito que la ley autoriza. Como pilar fundamental de su postura, la Agencia insiste en la ilegalidad del Contrato 233 de 2012 y la procedencia de que éste sea declarado absolutamente nulo por parte del Tribunal así como *"la improcedencia de analizar el contenido de la demanda de reconvención"*.

Los principales argumentos que respaldan la nulidad que alega son:

- Que el Contrato está desnaturalizado porque incluye cláusulas que no son propias de este tipo de contratos y que convierten al arrendador en propietario.
- Que, al ser un Contrato con objeto complejo, debió ser celebrado previa licitación pública y no mediante contratación directa.
- Que algunas estipulaciones, como las contenidas en la cláusula sexta, desconocen flagrantemente el principio de economía porque le impone a la Contraloría cargas excesivas e injustificadas.

- Que el Contrato 233 contraviene el derecho público de la nación y por tanto se encuentra viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito, pues en él se está desatendiendo la prohibición contenida en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.
- Que además del arrendamiento de inmuebles, el objeto del Contrato se extendió a otra serie de bienes que no pueden, según la ley, ser considerados como inmuebles y además se extendió también al servicio de mantenimiento de oficina funcional, la realización de actividades de adecuación de los inmuebles y la instalación de los inmuebles por destinación y por adhesión.
- Que el Contrato 233 también está viciado porque desconoce la regla de la conmutatividad de los contratos estatales al consagrar la condición de "*hacer permanecer la relación jurídica por 10 años*" y el principio de economía, porque al aplicarse lo dispuesto en el párrafo segundo de la cláusula sexta, el metro cuadrado no correspondería al valor inicialmente pactado sino a un valor muy superior que conlleva a costos injustificados que no fueron previstos.

En relación con las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvención, la Agencia sostiene que éstas no pueden prosperar por cuanto no puede, ninguna de las partes, excusar el desconocimiento de las normas que fueron violadas en la celebración del contrato.

Finalmente advierte el memorialista que de la declaratoria de nulidad no puede surgir ningún tipo de reconocimiento económico a favor de Proyectos y Desarrollos.

6.3. Proyectos y Desarrollos

Proyectos y Desarrollos presentó sus alegatos orales durante la audiencia correspondiente y entregó además el escrito que la ley autoriza. Atendiendo el referido escrito, la convocada procura desvirtuar todas las pretensiones, principales y subsidiarias, de la Contraloría y además sostiene que ésta actúa contra sus propios actos. En relación con su demanda de reconvención, sostiene que las

pretensiones están soportadas legal y probatoriamente y además no fueron desvirtuadas por la Contraloría.

A continuación se recogen los argumentos o afirmaciones principales de su alegato:

- Que *"La CGR no probó los supuestos de hecho ni de derecho en que sustentan sus pretensiones"*.
- Que *"la real intención y voluntad de las Partes fue celebrar un contrato de arrendamiento de bien inmueble.. ", como en efecto lo celebraron.*
- Que *"El objeto del Contrato no incluyó la adquisición de los inmuebles por destinación y por adhesión, sino instalación y entrega posterior a la CGR por parte de PYD para el uso y goce exclusivo de aquella, en atención a sus precisos y detallados requerimientos."*
- Que es lícito que la CGR suscriba contratos de arrendamiento funcional.
- Que *"La Cláusula Sexta del Contrato prevé una compensación a favor de PYD, como mecanismo convenido por las Partes para efectos de mantener la equivalencia de condiciones (Equilibrio Económico) del Contrato que se configuró al momento de su celebración; compensación que tenía lugar únicamente en caso de que el Contrato no se prorrogara hasta el término pactado por las Partes para la amortización de la inversión realizada por PYD."*
- Que *"la obligación de la CGR de restituir a PYD los inmuebles por naturaleza sin los inmuebles por adhesión y destinación en el evento de que el Contrato terminara antes de los 10 años previstos para la depreciación de estos últimos, condice (sic) con la naturaleza del Contrato"*.
- Que *"El servicio de mantenimiento no desvirtúa el objeto del Contrato"*.
- Que *"No se dan los supuestos establecidos por la jurisprudencia para declarar la nulidad por vulneración del Principio de Planeación"*.
- Que *"Entre las Partes no hubo simulación alguna, y la CGR no aportó ningún elemento de prueba que así lo demuestre"*.

6.4. Concepto del Ministerio Público

Durante la audiencia de alegaciones, el Agente del Ministerio Público emitió concepto dentro del cual, entre otros aspectos, se ocupó de revisar la legalidad del Contrato 233 de 2012 celebrado entre la Contraloría General de la República y Proyectos y Desarrollos I S.A.

En relación con la nulidad absoluta del contrato, y luego de analizar uno a uno los motivos esgrimidos por la demandante, concluye que no existe ninguno que afecte la validez del mismo, a excepción de una nulidad parcial de la cláusula tercera, en cuanto dispone que *"este contrato se entenderá prorrogado por el máximo término permitido en la ley"*, pues, a su juicio, tal disposición implica una automaticidad de la prórroga en cuanto al término del contrato.

Sobre el párrafo segundo de la cláusula sexta, en su concepto escrito expresa: *"En el caso del párrafo segundo de la cláusula sexta la causa de la misma no corresponde a la del contrato de compraventa, pues su pacto tiene como motivo fundante el prever sobre compensaciones que permitan restablecer la conmutatividad del contrato para que ninguna de las partes vea afectado el equilibrio económico propio de los contratos estatales."*

En relación con las pretensiones de la demanda de reconvención, y en particular respecto de la existencia de las compensaciones contractuales acordadas en la cláusula sexta como fórmula de equilibrio económico del contrato, hace un análisis en torno a la naturaleza de los denominados inmuebles por destinación y por adhesión y la forma como legalmente puede cumplirse la tradición de dichos bienes de acuerdo con nuestra ley, pues a su juicio, solamente en la medida en que dicha tradición pueda hacerse efectiva, se podría hablar de la compensación pretendida en el contrato. En este sentido encuentra adecuado el acuerdo respecto de los denominados inmuebles por destinación, los cuales, según el acta de entrega corresponden al Inventario de Carvajal. En cuanto a los denominados inmuebles por adhesión, que según la misma acta de entrega corresponden a los acabados de las oficinas y a los equipos e instalaciones, concluye que solamente estos últimos, que por su naturaleza son realmente inmuebles por destinación, pueden ser separados del inmueble y por tanto su dominio fue transferido mediante

la entrega. Los acabados de las oficinas, por el contrario, son realmente inmuebles por adhesión y por tanto su tradición no puede efectuarse mediante la simple entrega sino habrán de transferirse de la forma que la ley impone a los inmuebles, es decir mediante escritura pública, por ello concluye, que al no haberse previsto este modo de tradición, es ineficaz el parágrafo segundo de la cláusula sexta y por tanto no podrá reconocerse o aceptarse compensación alguna frente a estos inmuebles por adhesión.

En punto de la restitución del inmueble y de los inmuebles por destinación y adhesión, el representante del Ministerio Público concluye que existe una co-responsabilidad de las partes, pues la misma falta de precisión de la cláusula que lleva a reconocer su ineficacia respecto de los inmuebles por adhesión, hizo que se generaran las posiciones encontradas que se han debatido a lo largo del proceso, por ello encuentra procedente condenar al la Contraloría a reconocer solamente el 50% del daño correspondiente a los cánones de arrendamiento por los meses en que no se ha cumplido con la entrega del inmueble.

CAPÍTULO TERCERO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, los contratos estatales pueden contener pactos arbitrales en las modalidades de cláusula compromisoria o compromiso, con la finalidad de someter a la decisión de un Tribunal arbitral "*las distintas diferencias*

que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación”.

Sea cláusula compromisoria o compromiso, es de este acuerdo de las partes de donde brota la competencia constitucional delegada a los particulares, de manera transitoria o temporal, para administrar justicia, a modo de equivalentes jurisdiccionales.

Como en su momento se expuso por el Tribunal, las partes convinieron el 13 de enero de 2015, un compromiso en los siguientes términos: *“Las partes acuerdan someter a la justicia arbitral la solución de todas las controversias presentadas entre las mismas, con ocasión del contrato de arrendamiento n° 233 de 2012, dentro de las cuales se encuentra su validez, celebración, ejecución, interpretación, liquidación, restitución del inmueble, recibo de la cosa arrendada, incumplimiento o mora de las obligaciones a cargo de las partes y aplicación de sanciones contractuales que no pudieron ser resueltas por las partes”.*

Ese pacto arbitral sirvió de fundamento para que este Tribunal conociera de la controversia planteada alrededor del Contrato de arrendamiento 233 de 29 de marzo de 2012, en sus aspectos de validez, celebración, ejecución, liquidación y restitución del inmueble entregado en tenencia.

Ahora bien, como el Tribunal habrá de confrontar la pretensión de nulidad absoluta del mencionado Contrato 233, frente a todas las causas que la parte convocante propone en las pretensiones principales, previamente examinará en torno a las defensas que la convocada llama *“RESPECTO DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL Y LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”*, las identificadas bajo los literales a, f y k, porque, en sentir de la convocada, con tales pretensiones se controvierte la legalidad de la Resolución 1800 de 23 de marzo de 2012, mediante la cual la Contraloría General de la República determinó que el mecanismo de contratación directa era el apropiado para celebrar el contrato con Proyectos y Desarrollos.

En todo caso, el análisis tiene como finalidad dejar por averiguada la concurrencia general del presupuesto procesal de la competencia, que desde un principio la parte convocada principal discutió, específicamente con respecto a las pretensiones ya señaladas cuando propuso las

excepciones que antes se indicaron, solicitando su decisión anticipada, decisión que, como se sabe, el Tribunal remitió a este momento procesal, y que es el único que amerita este análisis previo porque la concurrencia de las demás condiciones de existencia y validez formal del proceso no ofrecen duda.

Según explica la apoderada de la convocada, como la antecitada resolución no fue *"demandada dentro del término previsto por el art. 87 del Código Contencioso Administrativo"*, operó la caducidad de tal acción, sin que sea *"posible utilizar como fundamento de la nulidad del Contrato suscrito entre PyD y la CGR la extemporánea alegación de la ilegalidad del procedimiento de adjudicación"*, amén de que cualquier pretensión que estuviera destinada a cuestionar dicha resolución debía ser conocida por la jurisdicción contenciosa administrativa, obviamente en la oportunidad legalmente establecida, mediante demanda que impugnara directamente el *"acto administrativo que contiene la decisión"*, y no contra el contrato *"como una estrategia procesal para pretender habilitar la competencia de los árbitros en el presente Tribunal"*. Esta, en resumen, la argumentación que Proyectos y Desarrollos expone para dar pábulo a los medios de defensa de la falta de competencia del Tribunal en cuanto a las pretensiones ya identificadas, y la caducidad de la acción referida a las mismas.

Mediante las pretensiones que se ponen en entredicho la parte demandante aspira a que se declare la nulidad absoluta del contrato *"por objeto ilícito, al haberse pretermitido el procedimiento de licitación pública para su celebración (artículo 24, ordinal 8º., en armonía con el ordinal 2º del artículo 45 de la ley 80 de 1993), por cuanto el objeto del mismo incluyó (i) la adquisición de los bienes muebles que detallan en el documento de 26 de marzo de 2012 titulado CARVAJAL, PROYECTO CUADRO CANTIDADES CONTRALORIA y (ii) el servicio de mantenimiento de las áreas de oficina funcional arrendadas"* (literal a,); y *"por violación del principio de selección objetiva (art. 5º Ley 1150 de 2011), toda vez que el contrato no fue adjudicado al proponente que presentó el ofrecimiento más favorable a la Contraloría General de la República y a los fines que ella buscaba satisfacer, como era la consecución de una*

sede temporal, mientras se realizaban los trabajos de adecuación de sus edificios sedes Centro Colseguros y Cardenal Crisanto Luque” (literal f).

La pretensión K que también invoca la convocada Proyectos y Desarrollos es una pretensión eventual y consecuente a la declaración de la nulidad absoluta, por virtud de la cual se pide que se le ordene a la convocada *“recibir los inmuebles descritos en la cláusula primera, junto con la totalidad de los bienes muebles que se detallan en el documento de 26 de marzo de 2012 titulado CARVAJAL, PROYECTO CUADRO CANTIDADES CONTRALORÍA, sin que haya lugar al pago de ningún tipo de compensación por parte de la Contraloría General de la República”.*

Ya se dijo en el auto proferido en la audiencia de 13 de enero de 2016, y ahora se reitera, que técnicamente el factor o instrumento legalmente concebido para atribuirle competencia a un Tribunal Arbitral, es el pacto arbitral suscrito entre las partes, en tanto es en este donde objetivamente dentro de los límites legales las partes determinan las materias, asuntos o controversias que habrán de ser conocidas y decididas por el respectivo Tribunal Arbitral, como claramente lo consagra el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, al definir el pacto arbitral como un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, y particularmente lo ratifica el artículo 6º de la misma ley al establecer en el número 2 como requisito del compromiso, *“La indicación de las controversias que se someten al arbitraje”*, como en este caso efectivamente ocurrió cuando las partes acordaron el compromiso *“para solucionar las diferencias surgidas entre las Partes con ocasión del contrato de arrendamiento 233 de 2012”, así:*

“Las Partes acuerdan someter a la justicia arbitral la solución de todas las controversias presentadas entre las mismas, con ocasión del contrato de arrendamiento No. 233 de 2012, dentro de las cuales se encuentran su validez, celebración, ejecución, interpretación, liquidación, restitución del inmueble, recibo de la cosa arrendada, incumplimiento o mora de las obligaciones a cargo de las Partes y aplicación de las sanciones contractuales que no pudieron ser resueltas por las Partes”.

Desde luego que las pretensiones objeto del examen, vistas desde la perspectiva del compromiso acordado entre las partes, ninguna dubitación ofrecen acerca de la competencia del Tribunal para conocer de ellas, porque ambas, esto es, la *a* y la *f*, se enmarcan perfectamente en lo acordado por las partes, pues las dos plantean "*controversias*" acerca de la "*validez*" del contrato, que es ítem expresamente señalado en el compromiso. Tratándose de la pretensión *K*, como ya quedó anotado, es pretensión eventual y consecuente al éxito de cualquiera de las varias pretensiones de nulidad que fueron propuestas, no exclusiva de las dos cuestionadas, lo que es suficiente para dejar por sentada la competencia por la que se averigua, además de que esta pretensión también se adecua a las materias descritas en el Compromiso, puesto que ella atañe a la "*restitución del inmueble*" y "*liquidación*" del contrato.

Por supuesto que el análisis cobra mayor claridad frente a la ausencia de una pretensión que "*directamente*" impugne la legalidad de la resolución 1800, como la misma convocada principal lo afirma, tanto en la contestación de la demanda reformada como en su intervención oral con el fin de sustentar el recurso de reposición interpuesto contra el auto emitido el 13 de enero de 2016, mediante el cual el Tribunal asumió la competencia.

Si esa pretensión no está planteada, puesto que la demanda "*no lo hace de manera directa y formalmente*" (como lo dice la convocada), ninguna lógica tiene hablar de la falta de competencia para conocer de la misma, o de la caducidad de la acción que permite controvertir la legalidad del acto administrativo. Para dar cabida a tales alegaciones, la convocada principal aduce que no obstante omitirse esa pretensión, en el "*fondo*" el *petitum* señalado tiene esa dirección, pues de la demanda se puede "*deducir*" que "*la real pretensión de la CGR es la de atacar el Acto precontractual y como consecuencia de ello se declare la nulidad del Contrato*".

La convocada principal hace el planteamiento de las excepciones en comentario, prevalida de una labor interpretativa de la demanda que el

Tribunal no puede prohiar porque este instrumento hermenéutico lo concibió la jurisprudencia como una herramienta para garantizar la eficiencia del proceso y los derechos fundamentales en él involucrados, pero no como mecanismo restrictivo del derecho de acceso, que al fin de cuentas es el resultado que procura la convocada cuando en contravía de directrices jurisprudenciales aboga por una interpretación de la demanda que parte de afirmar o suponer pretensiones que "*directa y formalmente*" no propuso la actora, como ella misma lo admite.

Al respecto vale traer a colación la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que desde vieja data viene explicando:

"A nadie se le escapa que la interpretación de la demanda es una preciosa facultad que tiene el juez para que los derechos de las partes que se discuten en el proceso alcancen en la práctica la certeza que legalmente les corresponde. Más si ello es así, tampoco hay lugar a perder de vista que dicho poder encuéntrase, de todos modos, supeditado a los términos y conceptos de los que el demandante se hubiera valido para exponer tanto la pretensión como la causa petendi de la misma. Por mejor decirlo, el juez en la búsqueda del real sentido de la demanda, tiene que averiguar es por lo que su autor quería expresar por medio de ella y no por lo que él, el juez, desee ver en ese escrito.

"Por tanto, la búsqueda de la que se habla sólo tiene cabida cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajuste a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia. Mas si la exteriorización de las ideas es diáfana y concreta, la interpretación judicial de la demanda deja de ser procedente, y la que de hecho se intente, desde luego con el propósito de asignarle al libelo introductorio una significación diferente a la que en realidad le corresponde, será manifiestamente errónea. Y es que, como en repetidas oportunidades, lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte, el juzgador, en pos de interpretar la demanda, no puede modificar sensiblemente los términos en los que su autor lo concibió"¹⁴

¹⁴ Sentencia de Casación de 20 de agosto de 1987.

En conclusión, el Tribunal tiene competencia para conocer y decidir **las pretensiones a y f**, y claro está **la k**, porque en ninguna de las dos se pide, ni explícita ni implícitamente, que se declare la nulidad del acto administrativo varias veces referenciado, pues es seguro que el conocimiento de una pretensión de tal linaje es de competencia privativa de los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa, por cuanto el orden jurídico no puede quedar librado a la voluntad de los particulares, porque como lo dice Marienhoff, los actos emitidos por el Estado *"no pueden ser dejados sin efecto por los administrados o particulares, sea a través de árbitros o de arbitradores, pues al respecto la "competencia" del Estado es exclusiva, por tratarse de una función esencial del mismo cuyo ejercicio es expresión cabal de la idea de "poder público", poder este sustraído y ajeno a la actividad de los administrados"*¹⁵

En cuanto a la caducidad, que es la otra excepción propuesta, valga anotar que como tal defensa está íntimamente ligada a la pretensión de nulidad del acto administrativo que en manera alguna fue propuesta, y que de haberlo sido aparecería como ajena a la competencia del Tribunal, entonces esa también sería la suerte de la excepción, lo cual lleva a que el Tribunal se abstenga de hacer las pertinentes verificaciones temporales con respecto a la Resolución 1800 de 23 de marzo de 2012, y se limite a declarar la improsperidad de las defensas vistas en relación con las pretensiones efectivamente formuladas.

En la parte final de su alegato de conclusión la apoderada de Proyectos y Desarrollos argumenta que el Tribunal *"no es competente para conocer de las pretensiones de la CGR dirigidas a cuestionar la etapa precontractual, por exceder el objeto de la cláusula arbitral y las facultades legales de los árbitros"*. Esta razón la plantea para controvertir la competencia para conocer y decidir las pretensiones d), e) y f) de la demanda reformada de la Contraloría, en tanto ellas tienen como causa *"actuaciones durante la etapa precontractual"*, donde Proyectos y Desarrollos *"no tuvo participación ni injerencia alguna"*, además de que *"las partes no habilitaron a los árbitros para pronunciarse sobre aspectos relacionados con hechos que hayan tenido"*

¹⁵ Tratado de Derecho Administrativo, T. III A, Págs. 604 y 605.

lugar antes de la firma del contrato, como lo es la escogencia del mecanismo de selección o el contenido de los estudios previos, y no podría ser de otra forma teniendo en cuenta que P y D no tuvo ninguna responsabilidad durante la etapa precontractual, de manera que no mal podría soportar los efectos derivados de las actuaciones adelantadas por la CGR durante la misma".¹⁶

Esta cuestión, últimamente propuesta, es claramente extemporánea por su misma novedad, pues ella difiere de la que adujo en la contestación de la demanda, que estaba dirigida a discutir la competencia respecto de algunas pretensiones porque ellas contenían una impugnación de la Resolución 1800, por medio de la cual se dispuso la contratación directa. Argumentación que al ser inadmitida por el Tribunal cuando asumió la competencia fue impugnada mediante recurso de reposición, que al mismo tiempo opera como condición de procedibilidad para mantener vigente el reparo tanto al interior del proceso como en un eventual recurso de anulación contra el laudo (arts. 30 y 41 de la Ley 1563 de 2012), y aparece, como conclusión lógica, la preclusión de alegaciones ex-novo acerca de la competencia, como lo es la que finalmente se propuso, pues el silencio inicial sobre ese aspecto específico no tiene significado distinto que la aquiescencia de la parte con el ámbito de conocimiento definido por el Tribunal a partir del contenido del pacto arbitral, que como ya se anotó, es el factor que determina la competencia en este tipo de administración de justicia.

Sin embargo, para rechazar el nuevo planteamiento de la apoderada de Proyectos y Desarrollos, basta acudir al contenido del pacto arbitral que dio origen a este Tribunal, para advertir que en este las partes sin hacer la distinción que la apoderada propone, le otorgaron competencia para solucionar "*todas las controversias presentadas entre las mismas, con ocasión del Contrato de arrendamiento No. 233 de 2012*", a modo de cláusula general, y luego en las controversias que a título enunciativo indica, señala las atinentes a la "*validez*" y "*celebración*" del Contrato, donde sin mayor esfuerzo cabe ubicar las pretensiones que se dicen excluidas, porque además de que el Compromiso no establece los límites que la señora apoderada menciona, todas las pretensiones a que ella hace referencia (d, e y f), impetran la nulidad absoluta del Contrato

¹⁶ Cuaderno Principal 5, folio 315.

(invalidez) por causa ilícita, violación del principio de planeación y de selección objetiva, pero sin que en las mismas se pretenda, como antes se explicó, que el Tribunal Juzgue los actos administrativos que precedieron el perfeccionamiento del Contrato, que serían pretensiones obviamente sustraídas de la competencia del Tribunal, como igualmente se comentó.

De otro lado, procede hacer una específica verificación de la competencia en cuanto a las pretensiones que Proyectos y Desarrollos I S.A. formula con el fin de que se le reconozcan los daños antijurídicos que hubiere sufrido con ocasión de la eventual declaración de nulidad total o parcial del Contrato 233, celebrado con la Contraloría General de la República.

Con sujeción al compromiso que con fecha del 13 de enero de 2015 fuera suscrito por la Contraloría y Proyectos y Desarrollos, éstas acordaron *"...someter a la justicia arbitral la solución de todas las controversias presentadas entre las mismas, con ocasión del contrato de arrendamiento nº 233 de 2012, dentro de las cuales se encuentra su validez, celebración, ejecución, interpretación, liquidación, restitución del inmueble, recibo de la cosa arrendada, incumplimiento o mora de las obligaciones a cargo de las partes y aplicación de sanciones contractuales que no pudieron ser resultas por las partes"*.

Desde un doble punto de vista, el Tribunal halla arraigo para concluir que está dotado de competencia en orden a estudiar en su fondo la pretensión resarcitoria deducida en la demanda de reconvención puesto que advierte que el compromiso alude a *"... todas las controversias presentadas...con ocasión del contrato de arrendamiento..."*. De ahí que la mención de hipótesis representativas de atribución de competencia que a continuación se expresa, lo sea por vía meramente enunciativa. No quisieron, pues, las partes, dejar nada que surgiera *"con ocasión"* del contrato, por fuera de lo que podría ser materia de juzgamiento por la justicia arbitral. Es decir, a más de referirse a *"todas"* las controversias suscitadas entre las partes, estas añadieron que las mismas lo serían *"con ocasión del contrato de arrendamiento"*, lo que comporta que el contrato no ha de ser considerado desde una perspectiva reducida o excluyente de las controversias susceptibles de surgir en derredor del

mismo. De modo que el querer de los suscriptores del compromiso residió en que bastaba con que el contrato apareciera como un punto de referencia, o, si se quiere, como un antecedente de la pretensión, para que el Tribunal pudiese asumir competencia a su respecto. Por eso, al hallarse dentro del *thema decidendum* la nulidad total o parcial del Contrato 233, también venía a ser dable promover la acción resarcitoria de perjuicios que de la impetrada declaratoria se pudieran derivar.

El Consejo de Estado ha tenido oportunidad de analizar el alcance de pactos arbitrales como el del caso objeto de examen, donde las partes además de enunciar las controversias que se remiten al conocimiento de la justicia arbitral acuden a fórmulas de competencia amplia o general como las utilizadas aquí, para llegar a igual conclusión a la anteriormente sentada: *"El pacto arbitral – dice el Consejo de Estado_ tiene como característica principal la de ser un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes, con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias, susceptibles de transacción, a la decisión de los árbitros, quienes están transitoriamente investidos de la función de administrar justicia, y profieren una decisión o laudo que, por mandato legal, adquiere la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial. La cláusula compromisoria tiene, pues, su fuente jurídica en el contrato y su finalidad no es otra que la de procurar la solución ágil de los eventuales conflictos que surjan entre las partes que lo celebran. Debe la Sala precisar cómo, cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; por el contrario, cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que haya duda alguna, que los árbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento..."* (subrayas no textuales).

Además, para efectos de la determinación de la competencia con relación a la precisa pretensión resarcitoria, el Tribunal tiene claro que

la parte convocante tampoco controvertió su competencia en la oportunidad procesal que correspondía, por lo que hoy cualquier discusión acerca de aquella debe ser tenida como extemporánea, como antes se había dicho con respecto a la alegación novedosa de la convocada.

2. EL CONTRATO 233 de 2012 Y ACTOS MODIFICATORIO Y ADICIONAL

2.1. Descripción general

El 29 de marzo de 2012, entre la Sociedad Proyectos y Desarrollos I S. A. y la Contraloría General de la República, se celebró el *Contrato de arrendamiento*, identificado con el número 233, contenido y regido por 16 cláusulas, actos modificatorios y adicionales, por el Código Civil, Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, Decreto 3576 de 2009 y demás disposiciones concordantes.¹⁷

En la cláusula primera se pactó que la Sociedad Proyectos y Desarrollos I S. A., como arrendadora, entregaba a la Contraloría, como arrendataria, para ser destinados (cláusula segunda) a sus oficinas para el ejercicio de sus propias actividades, los *inmuebles* debidamente identificados por sus áreas, linderos y especificaciones que hacen parte de la "Gran Estación, Centro Comercial PH", referidos a las oficinas 401, 501, 601, 701, 801, 901, costado oriental 50% de la 1001, y local número 1-32 (Esfera), incluyendo el derecho de uso exclusivo de 465 espacios para estacionamiento vehicular, la utilización del salón comunal o auditorio y las divisiones, puestos de trabajos, escritorios, archivadores, sillas y, además, los inmuebles "por destinación" y "por adhesión" necesarios para la utilización de los espacios de oficina funcional (según inventario), y servicio de mantenimiento.

¹⁷ Documentos aportados por las partes y obrantes en el expediente. Cuaderno de Pruebas 5, folios 12 a 139 (Contrato 233); 195 a 196v (modificación No. 1) y 198 a 200v (adición y prorroga).

Con el objeto de fijar el término de duración del contrato (cláusula tercera) se tuvo en cuenta la fecha de la firma del acta respectiva de las obras de adecuación, que iría hasta el 6 de agosto de 2014. El arrendador se obligaba a tener los inmuebles debidamente terminados, a más tardar, el 1 de agosto de 2012, a efectos de que se pudiera comenzar su utilización, conforme a los diseños y especificaciones de acabados y de los contractualmente denominados inmuebles por destinación y adhesión, previamente concertados por las partes, como consta en el documento denominado "Carvajal Proyecto: CUADRO CANTIDADES CONTRALORÍA", adjuntado al contrato. Agregando que el contrato se entendería prorrogado por el máximo término permitido por la ley o por el acordado por las partes, siempre y cuando, antes de su vencimiento, se adelantaran los trámites y autorizaciones legales pertinentes y reglamentarias necesarias para la obtención de los soportes presupuestales y vigencias futuras en los términos de ley.

Se pactó (cláusula cuarta) como renta o canon mensual la suma de \$2.515.982.464, a causarse desde el 1 de junio de 2012, e igualmente se convino la forma de pago y reajustes (cláusula quinta). Al arrendador se le facultó tanto para enajenar en todo o en parte los bienes objeto del arrendamiento, como para constituir garantías en favor de terceros y ceder en todo o en parte la posición contractual. Además se consignó que el contrato de arriendo prestaría mérito ejecutivo en favor del arrendador y a cargo de la arrendataria.

Se convino en la cláusula quinta un reajuste anual del canon de arrendamiento, a partir del vencimiento del primer año de acuerdo con el índice de precio al consumidor.

En la cláusula sexta se acordó:

"Para todos los efectos a que haya lugar se deja constancia de los siguientes criterios y parámetros con base en los cuales las partes han convenido el valor del canon: 1.- El valor total del canon pactado para el primer año de ejecución contractual es el resultante de multiplicar, por OCHENTA y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON 10/100 (\$84.361) pesos, incluido IVA, la cantidad de metros cuadrados de oficina funcional arrendados, es decir veintinueve mil ochocientos veinticuatro metros cuadrados (29.824m²). -Es entendido que el precio

del canon por cada metro cuadrado, antes de IVA, comprende el arrendamiento propiamente dicho de las áreas de oficina funcional con todos sus derechos complementarios y accesorios incluido el uso exclusivo sobre los estacionamientos a que se refiere el numeral 1 del párrafo segundo de la cláusula primera; el espacio del auditorio de uso exclusivo localizado en el piso cuarto, los inmuebles por adhesión y destinación; el servicio de mantenimiento de las oficinas funcionales y de sus inmuebles por destinación y por adhesión conforme al numeral 4 del párrafo tercero de la cláusula primera; y los gastos de administración de la Propiedad Horizontal. **Parágrafo Primero.-** El monto del arriendo no comprende el valor de los servicios públicos los cuales deberán ser cubiertos directamente por LA ARRENDATARIA. **Parágrafo Segundo.-** Se establece contractualmente como tiempo de depreciación total para los inmuebles por destinación y por adhesión que hacen parte del arrendamiento, la cantidad de diez (10) años, depreciación esta que deberá ajustarse a las normas contables vigentes. Igualmente se establece de común acuerdo que, a partir de la fecha de la entrega de los inmuebles a la ARRENDATARIA, tales inmuebles e instalaciones se irán depreciando de tal manera que su valor comercial, pactado inicialmente en la suma que para tal efecto aparezca en el ACTA DE ENTREGA, se disminuirá anualmente por un monto equivalente al diez por ciento (10%) de dicho valor y proporcionalmente por fracción de año. Como quiera que la distribución interna y ubicación de los espacios de trabajo, las divisiones, y en general de los inmuebles por adhesión y por destinación han sido diseñados, y se dispondrán e instalarán exclusivamente en función de las necesidades de la ARRENDATARIA, esta última se reputará dueña y adquirirá por tanto el derecho de disposición plena de tales bienes a partir del momento de la terminación del contrato de arrendamiento por cualquier causa. En ese orden de ideas si los inmuebles por naturaleza son restituidos definitivamente a EL ARRENDADOR antes de transcurridos diez (10) años a partir de la fecha prevista para la entrega a LA ARRENDATARIA, ésta deberá pagar a favor de EL ARRENDADOR, a título de compensación y previa la formalización de las reservas presupuestales del caso y las normas legales que le aplicaren, una suma igual a la resultante de restarle al valor comercial inicial acabado de expresar, el diez por ciento (10%) de dicho valor por cada año

completo transcurrido del arrendamiento y proporcionalmente por fracción de año. Terminado el arrendamiento la ARRENDATARIA deberá retirar las divisiones, puestos de trabajo, escritorios y en general todos los inmuebles por destinación y por adhesión de manera inmediata. Si el contrato termina después de los diez (10) primeros años, no por ello se alterarán, a partir del décimo año, las condiciones que sirvieron de base para la determinación del canon en la medida en que las divisiones, puestos de trabajo, e inmuebles por destinación y por adhesión siguen siendo de propiedad de EL ARRENDADOR."

La restitución de la cosa arrendada se convino en la cláusula séptima, siguiendo la regla general del momento de la terminación del contrato de arrendamiento, y en el mismo estado en que fuera entregada, salvo el deterioro por el uso normal, y sin que la entidad arrendataria pudiese hacer ninguna clase de mejoras en los inmuebles. Respecto de los inmuebles por destinación y adhesión, si se destruyeren o deterioraren, sería a cargo de la arrendataria asumir los gastos de reparación o sustitución.

En las cláusulas octava y novena se pactaron obligaciones *especiales* de las partes, unas acordes con las previsiones legales y otras de amplio contenido convencional.

A cargo del arrendador Proyectos y Desarrollo: hacer entrega de los inmuebles y derechos objeto del arrendamiento, a más tardar el 1 de agosto de 2012, con las obras de acabados, equipado con la instalación de divisiones e inmuebles por destinación y adhesión conforme con el documento de diseño de oficinas funcionales, permitir la utilización del inmueble y derechos arrendados, realizar inspecciones de tipo técnico a los inmuebles e instalaciones y determinar las labores necesarias de reparaciones y mantenimiento, advertir a la arrendataria sobre medidas para salvaguardar las personas, su salud y seguridad.

Las obligaciones especiales de la entidad arrendataria: pagar las obligaciones pecuniarias en los términos convenidos; restituir el bien arrendado al término del mismo por cualquier causa; dar a los inmuebles y derechos objeto del arrendamiento la destinación pactada; facilitar al arrendador la realización de las actividades de inspección y de mantenimiento; cumplir con las obligaciones derivadas de los servicios

públicos; hacer las reparaciones por daño o deterioro de la cosa arrendada; obtener póliza expedida por una compañía de seguros para amparar el riesgo de responsabilidad civil extracontractual por accidente y de amparo de los inmuebles por incendio o terremoto y muebles y enseres; prorrogar la pólizas.

La cláusula décima se destinó a regular el alcance del incumplimiento o violación del contrato con el efecto de su terminación y entrega inmediata del inmueble sin necesidad de requerimiento alguno, concediéndosele al arrendador el derecho de retención sobre muebles de la arrendataria que se encontraren en el bien.

Del mismo modo se establecieron las reglas atinentes a la cesión y al subarriendo (clausula décima primera), con los alcances legales de no permitírseles a la arrendataria, en principio, salvo que el arrendador consintiere en una y otro. Y en caso de que el arrendador enajenare el inmueble se entenderá aceptada la posición contractual del nuevo adquirente, con la condición que se le comunique tal hecho a la entidad arrendataria.

Todos los servicios públicos serían a cargo de la entidad arrendataria, como se estipuló en la cláusula décima segunda, con este párrafo: "*Si LA ARRENDATARIA no cancela oportunamente los servicios públicos, este hecho se tendrá como incumplimiento del contrato por parte de LA ARRENDATARIA para todos los efectos a que haya lugar*".

Se acordó en la cláusula décima tercera: "*CLÁUSULA PENAL.- -El incumplimiento o la mora por parte de LA ARRENDATARIA de cualquiera de las obligaciones que a su cargo se deriven del presente contrato, la constituirá en deudor a favor de EL ARRENDADOR por una suma equivalente a tres (3) cánones mensuales de arrendamiento, sin menoscabo del cumplimiento de la obligación principal ni de las indemnizaciones por los correspondientes perjuicios. El incumplimiento de las obligaciones de hacer por parte de EL ARRENDADOR lo constituirá en deudor a favor de EL ARRENDADOR por una suma de SEISCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS (\$660'000.000) sin menoscabo del cumplimiento de la obligación principal ni de las indemnizaciones por los correspondientes perjuicios.*

En la cláusula décima cuarta, en procura de recoger la declaración de la autonomía de la voluntad y condiciones de favorabilidad, declararon las partes que el contrato fue celebrado teniendo en cuenta las diferentes alternativas ofrecidas desde el punto de vista físico, de localización, de calidad y económico.

Las últimas cláusulas, décima quinta y décima sexta, conciernen con la reserva presupuestal y el pacto arbitral como mecanismo de solución de conflictos. Esta última, se estipuló en los términos ya transcritos.

Las partes acordaron, mediante acto modificatorio No. 01 del Contrato 233 de 29 de mayo de 2012, cambiar el término de duración, desde el 15 de julio de 2012 hasta el 6 agosto de 2014; fijar el canon de arrendamiento y la fecha de causación del canon mensual (desde el 15 de julio de 2012); momento de la entrega del objeto arrendado; señalar obligaciones especiales del arrendador.

Del mismo modo, el 17 de julio de 2014, las partes adicionaron y prorrogaron el contrato.

En el adicional se convino: prorrogar el contrato hasta el 31 de diciembre de 2014 y adicionar el precio del contrato en la suma de \$13.299.557.25.

3. DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

3.1. Posición de la convocante

La entidad convocante, Contraloría General de la República, amplió considerablemente en la demanda reformada, las causales invocadas para la declaratoria de la nulidad absoluta del Contrato 233 de 2012 y sus actos modificatorios, por objeto ilícito y causa ilícita, aduciendo por separado diversos motivos de invalidación; y, como consecuencia de la declaratoria, pidiendo que se ordene a la sociedad convocada recibir los inmuebles descritos en la cláusula primera del contrato, junto con la totalidad de los bienes muebles que se detallan en el documento de 26

de marzo de 2012, titulado "*Carvajal, Proyecto Cuadro Cantidades Contraloría*", sin que haya lugar al pago de ningún tipo de compensación.

Subsidiariamente, la Contraloría pretende que se declare la nulidad absoluta de la cláusula sexta del Contrato 233, por encontrarse viciada de nulidad por objeto ilícito, al haberse pretermitido el procedimiento de licitación para su celebración, por cuanto a través de la misma se celebró un contrato de compraventa. También invoca como causal de nulidad de esa estipulación el vicio por objeto ilícito en razón de que en ella se estableció una prórroga automática del contrato que no estaba autorizada por la ley, desconociéndose los principios de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad y transparencia. Así mismo, impetra la nulidad absoluta por haberse pactado un término de diez años para la amortización de los llamados inmuebles por adhesión y por destinación, desconociendo la prohibición de comprometer el presupuesto de vigencias futuras.

Por último, la Contraloría solicita que, de encontrarse probada cualquier otra causal de nulidad absoluta de la cláusula sexta o de cualquier otra estipulación, así se declare, con fundamento en el mandato del artículo 141 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO 233

Previamente el Tribunal procede a transcribir textualmente las pretensiones principales propuestas por la Contraloría en la reforma de la demanda:

- a. *"Que se declare la nulidad absoluta del contrato No. 0233 de 2012, por encontrarse viciado de nulidad, por objeto ilícito, al haberse pretermitido el procedimiento de licitación pública para su celebración (artículo 24, ordinal 8º, en armonía con el ordinal 2º del artículo 45 de ley 80 de 1993), por cuanto el objeto del mismo*

incluyó (i) la adquisición de los bienes muebles que se detallan en el documento de 26 de marzo de 2012 titulado CARVAJAL, PROYECTO CUADRO CANTIDADES CONTRALORÍA y (ii) el servicio de mantenimiento de las áreas de oficina funcional arrendadas.

- b. Que se declare la nulidad absoluta del contrato, al haberse celebrado por un término de diez (10) años y desconocer la prohibición de comprometer vigencias futuras que superaran el respectivo período de gobierno, establecida por el art. 10 de la ley 819 de 2013.*
- c. Que se declare la nulidad absoluta del contrato No. 233 de 2012, por encontrarse viciado por objeto ilícito, en razón de que en el mismo se establece una prórroga automática del contrato que no está autorizada en la ley y, además, desconoce los principios libre concurrencia, igualdad, imparcialidad y transparencia.*
- d. Que se declare la nulidad absoluta del contrato por causa ilícita, toda vez que que la causa de este no coincide con la causa identificada en los estudios previos (artículo 1524 del Código Civil, en armonía con el artículo 45 de la ley 80 de 1993)*
- e. Que se declare la nulidad absoluta del contrato por violación del principio de planeación, por cuanto en los estudios previos no se incluyó la descripción completa de la necesidad, objeto, forma de contratación, elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato de compraventa de bienes muebles de oficina, en tanto que en el contrato celebrado se incluyó la contratación de dichos bienes, bajo el ropaje de arrendamiento de bienes inmuebles por destinación y por adhesión, lo que de paso constituye una simulación, con el fin de eludir el procedimiento de licitación pública.*
- f. Que se declare la nulidad absoluta del contrato por violación del principio de selección objetiva (art. 5º. Ley 1150 de 2011), toda vez que el contrato no fue adjudicado al proponente que presentó el ofrecimiento más favorable a la Contraloría General de la*

*República y a los fines que ella buscaba satisfacer, como lo era la consecución de una **sede temporal**, mientras se realizaban los trabajos de adecuación de sus edificios sedes Centro Colseguros y Cardenal Crisanto Luque.*

- g. Que se declare la nulidad absoluta del contrato, por cuanto el valor del canon pactado es superior al valor que consta en los documentos precontractuales, lo cual revela graves violaciones de las normas que regulan el principio de planeación y de selección objetiva.*
- h. Que se declare la nulidad absoluta del contrato por causa ilícita, ya que este se celebró por un término de diez (10) años, lo cual resulta contrario a lo consignado en los estudios previos y revela una causa distinta a la que se adujo para justificar la contratación.*
- i. Que se declare la nulidad absoluta del contrato, por cuanto el mismo excedió los precios del mercado y, por lo tanto, se causó grave perjuicio al patrimonio público.*
- j. Que si el tribunal encuentra probada cualquier otra causal de nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus cláusulas, proceda a declararlo así con fundamento en el inciso final del art. 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) y el art. 2º de la ley 50 de 1936.*
- k. Que como consecuencia de la nulidad absoluta del contrato No. 233 de 2012, se ordene a la sociedad Proyectos y Desarrollo I S.A. recibir los inmuebles descritos en la cláusula primera, junto con la totalidad de los bienes muebles que se detallan en el documento de 26 de marzo de 2012 titulado CARVAJAL, PROYECTO CUADRO CANTIDADES CONTRALORÍA, sin que haya lugar al pago de ningún tipo de compensación por parte de la Contraloría General de la República.*

*1. Que se condene en costas a la parte convocada.*¹⁸

Acorde con la propuesta de la convocante, el Tribunal procede al análisis de las diversas causas de nulidad que por objeto y causa ilícitos expone la demanda.

Sostiene la Contraloría, en primer lugar, que el contrato de arrendamiento 233 evidencia vicio de nulidad, por ilicitud en el objeto, *"... al haberse pretermitido el procedimiento de licitación pública para su celebración (artículo 24, ordinal 8º, en armonía con el ordinal 2º del artículo 45 de ley 80 de 1993), por cuanto el objeto del mismo incluyó (i) la adquisición de los bienes muebles que se detallan en el documento de 26 de marzo de 2012 titulado CARVAJAL, PROYECTO CUADRO CANTIDADES CONTRALORÍA y (ii) el servicio de mantenimiento de las áreas de oficina funcional arrendadas" (pretensión a).*

Para la convocante, la pretensión se fundamenta en los numerales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 1518, 1522, 1524, 1532, 1741 del Código Civil y 2 de la Ley 50 de 1936, porque *"... al incluir en su objeto elementos ajenos al contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, tales como (i) el servicio de mantenimiento, (ii) la realización de obras, adecuaciones e instalaciones y (iii) la adquisición de los denominados inmuebles de adhesión y por destinación se desconoció lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80, subrogado por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007; en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en los numerales 3 y 4 del 25 de la Ley 80 de 1993 y en artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por los artículos 32 de la Ley 1150 de 2007 y 88 de la Ley 1474 de 2011, normas imperativas que prohibían celebrar dicho contrato a través del procedimiento de contratación directa";* e igualmente se desconoció el Estatuto Orgánico del Presupuesto y el artículo 10 de la Ley 819.

En opinión de la entidad pública al Contrato 233 se le incorporaron elementos que no eran propios del arrendamiento de inmuebles, desvirtuando así la modalidad de la contratación directa que autoriza la Ley 1150 de 2007, como ocurre con la inclusión de los inmuebles por

¹⁸ Cuaderno Principal 3, folios 4 a 6.

destinación y adhesión, y el designio de la compensación de la inversión para el evento de no haberse dado la depreciación por 10 años por la tenencia de la cosa arrendada. De modo que en sentir de la convocante, la estipulación en comento cambió la estructura del contrato, que debía convenirse por licitación pública y no por contratación directa, afectando la validez del mismo por el supuesto quebranto de principios que inspiran la contratación estatal.

La Contraloría, se reitera, considera que el Contrato 233 no se circunscribió al arrendamiento de inmuebles, sino que, al incorporarse una estipulación concerniente con bienes destinados y adheridos a la cosa arrendada por cuenta del arrendador y con reconocimiento del arrendatario por el mecanismo de la compensación por depreciación de los mismos en un plazo de diez años, se cambió, con esta inclusión, la naturaleza de arrendamiento de inmuebles, y, por consiguiente, se sustrajo su viabilidad para celebrarse por la modalidad de escogencia directa, como se hizo, en vez de someterse al régimen de selección común por licitación pública, como ha debido ser.

La nulidad absoluta de un contrato estatal, se perfila, para su sanción, en las causales previstas en la legislación privada o en el régimen de contratación pública. Precisamente, los artículos 1519 y 1523 del Código Civil dicen que hay objeto ilícito en el contrato que contraviene el derecho público de la nación o también cuando el celebrado se encuentra prohibido por las leyes; y el artículo 889 del Código de Comercio, por su parte, igualmente establece como causales de invalidación de un negocio jurídico el que éste contraría una norma imperativa, salvo que la ley hubiese dispuesto otra cosa, o cuando tuviere causa u objeto ilícitos o se celebrare por persona absolutamente incapaz.

Como criterio rector de alcance general la Ley 80 de 1993, en su artículo 40 prescribe: *"En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración"*. Luego, en los artículos 44 a 49, complementados por la Ley 1150 de 2007, se consagran como causales

de nulidad absoluta de un contrato estatal, además de aquellas previstas en el derecho común, la celebración con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley y la celebración contra expresa prohibición constitucional o legal, o con abuso o desviación de poder.

Por su lado, la nulidad relativa emerge de los demás vicios que se presenten, conforme al derecho común.

De igual manera, la nulidad parcial se predica de alguna o algunas cláusulas de un contrato, cuando por su naturaleza o características no lo invaliden en su totalidad, en la medida en que este pueda subsistir sin la parte viciada. Sin duda, esta alternativa tiene como finalidad evitar la extinción del contrato con el objetivo de que este pueda cumplir la función perseguida, como es su ejecución, librándolo de cualquier clase de anomalía o defecto que lo vicie, y, al mismo tiempo, permitiendo que se mantengan las restantes estipulaciones del negocio jurídico. Al respecto, el artículo 902 del Código de Comercio establece: *"La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el contrato cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad"*. Y, en igual sentido el estatuto de la contratación estatal, artículo 47, dispone: *"La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando este no pudiese existir sin la parte viciada"*.

Recuérdese que el Código Civil señala los efectos de los vicios invalidantes en el artículo 1740, sean estos propios de la nulidad absoluta o de la relativa, sin ocuparse del evento en que la surgida sea una nulidad parcial, más para el caso en estudio, por la naturaleza del contrato, se ha de considerar la aplicabilidad de la regla prevista en el artículo 47 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con lo que se halle verificado

En el marco general planteado, la demanda de la Contraloría persigue en primer lugar, como ya se anotó, que se declare la nulidad absoluta del Contrato 233 por ilicitud en el objeto, por cuanto se celebró por contratación directa, como si su objeto hubiese consistido en un arrendamiento de inmuebles, cuando se involucraron prestaciones o

estipulaciones que alteraron esa categorización, y en presencia de bienes que, dadas esas prestaciones o estipulaciones, únicamente podían haber sido materia de un contrato de compraventa.

En esos términos, corresponde al Tribunal, inicialmente, definir si el Contrato 233 encuadra exclusivamente en la categoría legal de un arrendamiento de inmuebles o si, al mismo tiempo, integra o contiene otra clase de negocio jurídico, como aduce la entidad convocante.

A ese propósito, es conveniente comenzar por señalar que el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 determina las modalidades de selección en los contratos estatales y, con tal fin en su numeral 4 señala que la contratación directa procede "*solamente*" en los casos que allí se enumeran, uno de los cuales es el relativo al arrendamiento de inmuebles (literal i). O sea, la excepcionalidad de la contratación directa —que a eso equivale el adverbio "*solamente*"— se refiere, bajo este aspecto, a la clase de contratos que pueden ser perfeccionados de tal manera por la administración, no a una interpretación más rigurosa o estricta que a los mismos les corresponda en su sentido o alcance, pues estos se gobiernan, tanto en su estructura como en su dinámica, por las pertinentes disposiciones legales que, para la especie de esta controversia arbitral, son las que correspondan al arrendamiento de inmuebles. Y es a partir de esta puntualización como procede realizar la labor interpretativa del Contrato 233, para de allí derivar la presencia, o la ausencia, de los vicios invalidantes alegados por la Contraloría, aspecto en el cual las normas propias de la contratación estatal tienen un papel preponderante.

Se entiende que hay contrato de arrendamiento de inmueble cuando el locador se obliga a entregar al locatario un bien inmueble para su uso y goce, y el locatario, por su parte, se obliga a pagar una renta o precio al locador por ese uso o goce. Es pues este uso o goce, a cambio de un precio —que usualmente es en dinero— el que le da la razón de ser al contrato y a las obligaciones que de él dimanen, en particular las indicadas en los numerales 1 y 2 del artículo 1982 del Código Civil, según las cuales el arrendador está obligado a "entregar al arrendatario la cosa arrendada" y a "mantenerla en estado de servir para el fin que ha sido arrendada". Fin que, naturalmente, ha de ser señalado por el arrendatario y que, de modo general, se puede referir a los más

diversos propósitos, sean estos económicos, o no. Para el caso en estudio —y es punto que por su evidencia dentro del proceso exime de cualquier comentario adicional— ese fin no era otro que el de que la Contraloría General de la República pudiese cumplir adecuadamente con las funciones que constitucional y legalmente le están adscritas.

Es, pues, el arrendatario el llamado a indicar el fin del arrendamiento, correspondiéndole al arrendador manifestar si está de acuerdo con él, o no. Coincidiendo con el arrendatario, surgen a su cargo las obligaciones atrás indicadas, lo que, como es de suponerse, dará lugar a estipulaciones orientadas a desarrollar los términos en los que tales obligaciones han de ser cumplidas. Por ejemplo, en la órbita del contrato de arrendamiento civil, cuando se trata de inmuebles para vivienda, aparece como ajustado a su finalidad que por parte del arrendador se deban incluir ciertos servicios o bienes adicionales, como muebles, cortinas, tapetes, lavadoras, y tal inclusión —contractualmente pactada— no altera en modo alguno la naturaleza del contrato como uno de arrendamiento de vivienda. Es el caso del artículo 2 de la Ley 820 de 2003, que, al regular el arrendamiento de vivienda, permite que se incorporen en él objetos que son inherentes al goce del inmueble y que el arrendador se obliga a suministrar sin que por tal hecho se mute la categoría simple de la *locatio rei*.

Habida cuenta de la amplia gama de intereses que pueden quedar comprendidos dentro de la finalidad del arrendamiento es por lo que bien se comprende que, en un caso dado, el arrendador proponga u ofrezca la ejecución de inversiones orientadas a completar la disponibilidad del uso de la cosa arrendada, como aquí lo hace ver el dictamen de Colliers International, aportado por la sociedad convocada, cuando expresa: *"Como se dijo en secciones anteriores el interés particular de algunas empresas de alquilar oficinas adecuadas buscando en muchos casos ventajas tributarias u operativas llevó a los inversionistas y/o propietarios a ofrecer sus inmuebles adecuados y amoblados. Estos contratos por lo general son a largo plazo con el fin de que el inversionista logre amortizar la inversión adicional en dichas adecuaciones y se incluye dentro de la renta un costo adicional que básicamente considera la rentabilidad para los inversionistas en los activos en el plazo del contrato, más una posible tasa de oportunidad."*

Hoy en día es común encontrar en ofertas en proyectos representativos de Bogotá con o sin muebles con valores significativamente diferenciales que deben analizarse con detalle. El mantenimiento del mobiliario y las adecuaciones por lo general son gastos asumidos por el propietario, por ser éste el dueño de los muebles...".¹⁹

Estima por tanto el Tribunal que la naturaleza del contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a servir como oficina no se altera cuando el arrendador, mediante acuerdo con el arrendatario, hace o incorpora mejoras al bien arrendado, orientadas a su mejor o conveniente uso. Esto es así porque lo permite la amplitud conceptual del numeral 2 del artículo 1982 del Código Civil, amplitud que bien puede ser llenada por el querer o voluntad de los contratantes quienes, de igual manera, pueden convenir cuál de ellos habrá de asumir la respectiva inversión, teniendo en cuenta, si tal es el caso, lo previsto en el artículo 1994 *ibídem*. Esto no empece advertir que tales convenios, cuando su inclusión sea necesaria o conveniente en un contrato estatal, deben colmar las exigencias y principios reguladores del mismo, en razón de que cualquier desviación al respecto podría conducir a un remedio jurídico acorde con la situación creada por el desconocimiento de aquellos.

Dentro de esa línea de análisis, juzga el Tribunal, con fundamento en lo probado en la especie de esta controversia arbitral, que en su momento la intención de las partes fue la de perfeccionar un contrato de arrendamiento de inmuebles para oficinas, calificadas de funcionales, para que la entidad estatal instalara sus dependencias y, de ese modo, cumplir con los fines oficiales a su cargo, marcando esa circunstancia la calificación sustancial de los bienes arrendados, aunque se introdujeran, como de hecho acaeció, prestaciones adicionales que sin embargo no alcanzan a incidir, desquiciándola, sobre la naturaleza del contrato y respecto de las cuales el Tribunal se pronunciará en el momento oportuno.

Por esta misma vía, es tempestivo añadir que tampoco se celebra contrato distinto al arrendamiento de inmuebles ni se altera la naturaleza de éste por la mera circunstancia de incluir en el clausulado

¹⁹ Cuaderno de Pruebas 5, folio 378, documento aportado en CD – página 22.

una particular regulación por el servicio de mantenimiento o de administración del bien, como parte del objeto del negocio de locación, pues esto válidamente se asimila al deber convencional de asumir los gastos correspondientes, en la esfera del contrato.

Por tanto, concluye el Tribunal que la causal invocada por la Contraloría respecto de la omisión del proceso de licitación del contrato de arrendamiento, para la declaratoria de nulidad, no procede pues el trámite seguido de contratación directa, en los términos expuestos, se ajusta a la normatividad negocial estatal.

Ahora bien, la convocante en la reforma de la demanda no se limitó a la causal de nulidad absoluta del Contrato de arrendamiento 233, anteriormente mencionada, sino que señaló, como se expuso, otras circunstancias o factores que, en su criterio, constituyen causas de invalidación, que el Tribunal procede a estudiar separadamente.

Manifiesta la parte demandante que al haberse celebrado el Contrato 233, por un término de diez años, se desconoció la prohibición de comprometer vigencias futuras, y, en tal virtud, se está frente a una nulidad absoluta de la relación obligatoria (**pretensión b**).

Para el Tribunal no puede constituir vicio de ilicitud el hecho de que en un contrato estatal se pacte un plazo de prórroga que comprometa vigencias futuras, pues lo más que puede suceder es que una estipulación de esta naturaleza no se extienda a todo el plazo convenido sino que, por razones fiscales, se contraiga al tiempo que la ley permita sostener el compromiso de la asignación presupuestal.

Es cierto que la cuestión presupuestal constituye un aspecto relevante en la contratación estatal en cuanto forma parte del proceso para satisfacer, la administración, las obligaciones pecuniarias adquiridas para el año o los años fiscales correspondientes. Significa lo anterior que el contrato se afecta en su eficacia en tanto que no se adopten las medidas presupuestarias necesarias para imputar el pago de la prestación. Si el contrato es por más de un año, la partida inicial será por ese año; sin embargo, se pueden amparar años siguientes con certificaciones de aprobación de la autoridad ejecutiva correspondiente.

El artículo 10 de la Ley 819 de 2003 trata el punto de la autorización para la asunción de obligaciones que comprometan presupuestos de vigencias futuras sin alterar la totalidad del contrato estatal y sin fijar los efectos que la convocante pretende mostrar, pues el quebranto de la regla solo concierne al aspecto de las obligaciones que afectan el presupuesto de vigencias futuras.

El artículo 25-6 de la Ley 80 de 1993 exige como uno de los supuestos del principio de economía, que en la celebración de un contrato estatal, en que se requiera abrir licitaciones o concursos, se cuente con las partidas o disponibilidades presupuestales, como elemento a cumplirse para respaldar el contrato en lo que concierne con el cumplimiento de las prestaciones económicas.

En el Contrato 233, cláusula décima quinta, se señaló la existencia de las partidas presupuestales respecto del plazo de duración del contrato, de 2 años, pues el término convenido de vigencia se ubicaba del 15 de julio de 2012 hasta el 6 de agosto de 2014 - modificado por las partes con una prórroga de 4 meses 24 días, o sea hasta el 31 de diciembre de 2014-, siendo 10 años el término dejado abierto por las partes solamente como probable para mantener el arrendamiento con miras a que la depreciación de los inmuebles por destinación y por adhesión se cumpliera en su totalidad, pero no, como se sostiene en la demanda, como plazo del contrato, para los efectos de la depreciación total del valor de los denominados inmuebles por adhesión y por destinación. Las prórrogas mencionadas evidencian que el contrato no se pactó por diez años sino por la duración que aparece expresamente en el modificadorio 1 y en el adicional.

Así mismo, la convocante denuncia vicio en el contrato por objeto ilícito *"...en razón que se establece una prórroga, automática del contrato 233 que no está autorizada en la ley, desconoce los principios de concurrencia, igualdad, imparcialidad y transparencia"* (**pretensión c**).

El Tribunal también se ocupará de ese punto cuando aborde, más adelante, las pretensiones de nulidad de la cláusula sexta del Contrato 233, descartando, desde ahora, la consideración de la entidad convocante sobre la prórroga automática del contrato, pues es claro que no existe esta estipulación en el contrato ni se puede derivar del

contenido del mismo, conforme se acaba de anotar en el párrafo precedente.

Para la parte demandante principal, el contrato también adolece de nulidad absoluta por causa ilícita *"...ya que se celebró por un término de diez (10) años, lo cual resulta contrario a lo consignado en los estudios previos y revela una causa distinta a la que se adujo para justificar la contratación", "...toda vez que la causa de este no coincide con la causa identificada en los estudios previos (artículo 1524 del Código Civil, en armonía con el artículo 45 de la Ley 80 de 1993" (pretensiones d y h).*

Como es sabido, la causa, de la manera como la entiende el artículo 1524 del Código Civil, mas no con la debida precisión conceptual, es *"...el motivo que induce al acto o contrato",* siendo ilícita *"...la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público".*

Pues bien, para el Tribunal ninguna de las nulidades planteadas por la convocante con apoyo en la ilicitud de la causa, se acompasa con lo que la ley determina que se tenga en cuenta no solo por el motivo sino también por la ilicitud. Cuando se está frente a un contrato de arrendamiento, la causa tiene que ver con el interés de los contratantes, acompañado del propósito comercial; de un lado la razón de contar con el uso y goce de la cosa para los fines propuestos, el arrendatario, y del otro, el arrendador, recibir, por ese uso y goce, una renta o precio, con prescindencia de cualquier otra prestación de índole legal o convencional que se asuma.

Sin duda, la causa para la arrendataria del Contrato 233, básicamente estuvo inspirada en el interés de la Contraloría de contar con unos inmuebles aptos para instalar sus oficinas o dependencias y poder desarrollar sus actividades y cometidos oficiales de vigilancia y control, y para el arrendador recibir el precio o renta por facilitar el uso y goce del bien. Dentro de esos dos extremos, fundamentalmente, se movieron las voluntades de ambas partes a efectos de perfeccionar el negocio de locación.

Adicionalmente, las partes, para llegar a la celebración del contrato, agotaron un sin número de actos y gestiones en pos de imprimirle al

negocio jurídico objetividad y concreción, tales como el documento de 22 de julio de 2011 *"Ficha de formulación de proyecto de la Contraloría"* para *"Adquirir servicios de alquiler y administración de planta física en Bogotá donde trasladar y concentrar dependencias de nivel central de la Contraloría General de la República con la participación de la sociedad Proyectos y Desarrollos S.A.S"*; proyecto conjunto de Contraloría General y Proyectos y Desarrollos de 22 de julio de 2011; comunicación de la Contraloría a Proyectos y Desarrollos de 3 de agosto de 2011, en la que se solicita cotización para arrendamiento o compra de los inmuebles; comunicación de la Contraloría de 5 de septiembre de 2011; oferta de arriendo de 7 de septiembre de 2011; comunicación de Proyectos y Desarrollos de respuesta a la solicitud de la Contraloría de propuesta de arriendo de la viabilidad de la contratación directa de 30 de noviembre de 2011; oficio de la Directora de Recursos Físicos de la Contraloría, de 31 de octubre de 2011, donde se señalan las condiciones o sondeo del mercado inmobiliario, para ese entonces, en la zona de El Salitre; estudios previos y concepto de conveniencia y oportunidad para contratación de arrendamiento de inmueble de 23 de marzo de 2012, elaborado por la Dirección de Recursos Físicos de la Contraloría.

Todos esos pasos culminaron con la expedición de la Resolución 1800 de 23 de marzo de 2012, emanada de la propia Contraloría General de la República, por medio de la cual esta dispuso: *"Declarar la procedencia de la celebración de los contratos con la firma Proyectos y Desarrollo I S.A., en la modalidad de contratación directa, para el arrendamiento funcional de la sede de la Contraloría General de la República y de la Auditoría General de la República"*. Declaratoria que se sustentó en las consideraciones de la misma Contraloría que marcaban el derrotero de la necesidad e importancia del arrendamiento para modernización de la institución, de mejoramiento de la calidad de vida de los funcionarios, de la magnitud del personal, de las condiciones de operatividad.

En el documento de 23 de marzo de 2012 que la propia Contraloría elaboró para concretar la celebración del contrato de arrendamiento de *"Estudios previos y concepto de conveniencia y oportunidad para contratación de arrendamiento de inmueble"*, precisamente se recogen aspectos tales como el objeto del contrato de arrendamiento; la identificación y descripción de la necesidad a satisfacer con el

arrendamiento; el análisis de la conveniencia y oportunidad; la identificación y análisis de alternativas de solución de las distintas empresas potenciales arrendadoras, además de Proyectos y Desarrollos, Ciudad Empresarial Sarmiento Angulo, Centro Empresarial Paralelo, Entrecalles, Paralelo 26. Del mismo modo, se incluyó la descripción del objeto a contratar de arrendamiento del inmueble Gran Estación II Centro Comercial, con detalles de inmuebles por adhesión y destinación, plazo, etc.

Algo más, obran en el expediente comunicaciones cruzadas entre las partes, posteriores a la celebración del contrato, ofertas de espacios, que muestran razones tenidas en cuenta para la celebración del mismo. También la comunicación de la Contralora General de la República de 23 de noviembre de 2011 dirigida a Pablo Salazar y Augusto Salazar en la que manifiesta que *"...Ante la imperiosa necesidad que tiene la Contraloría General de la República (CGR) de trasladar sus dependencias a un inmueble en donde pueda desarrollar sus funciones constitucionales y legales en óptimas condiciones de seguridad y salubridad se encuentra interesada en tomar en arriendo, por un período de tres (3) años, una superficie aproximada de veintinueve mil (29.000) metros cuadrado del bien inmueble ubicado Avenida Carrera 60 No. 24-09 de la nomenclatura urbana de esta ciudad, que hace parte de Gran Estación II del Centro Comercial PH..."*. Y la respuesta a dicha comunicación de 30 de noviembre de 2011, en la que plantea Proyectos y Desarrollos la viabilidad de la contratación directa a la luz del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, dando alcance a las conversaciones sostenidas sobre el particular, que se remontan al 5 de septiembre de 2011 en la que Proyectos y Desarrollos le manifiesta a la Contralora General las distintas opciones de vinculación alrededor del inmueble de la Gran Estación.

En suma, el Contrato de arrendamiento 233 estuvo precedido de comunicaciones entre las partes, encaminadas a crear un escenario que fuera propicio para la culminación de los propósitos negociales, y a permitir la identificación de la causa del contrato en el tipo de arrendamiento de inmuebles para el funcionamiento de las oficinas centrales de la Contraloría, con influencia de lo acordado respecto de los inmuebles por adhesión y por destinación.

71

Obsérvese que la Contraloría, en la comunicación de 3 de agosto de 2011, enviada a la sociedad convocada, expresó el interés para arrendar los inmuebles con el propósito de instalar la sede: *"Ante la imperiosa necesidad que tiene la Contraloría General de la República (CGR) de trasladar sus dependencias a un inmueble en donde pueda desarrollar sus funciones constitucionales y legales en óptimas condiciones de seguridad y salubridad...la CGR se encuentra interesada en tomar en arriendo, por un período inicial de tres (3) años, una superficie aproximada de veintinueve mil (29.000) metros cuadrados del bien ubicado Avenida Carrera 60 No. 24-09 de la nomenclatura urbana de esta ciudad, que hace parte de Gran Estación II Centro Comercial PH"*. Días después, en nota de 30 de noviembre, la sociedad arrendadora le comunicó a la Contraloría la designación de un asesor suyo para adelantar las conversaciones correspondientes, fijando algunos puntos relacionados con la posibilidad del arriendo del bien de Proyectos y Desarrollos e indicando ciertas condiciones sobre el particular.

Así mismo, el 12 de marzo de 2012 Proyecto y Desarrollos presentó oferta de arrendamiento de espacios de oficina funcional del inmueble Gran Estación II Centro Comercial PH, y en ella fijó áreas, estacionamientos, inmuebles por adhesión y destinación, servicio de mantenimiento, gastos de administración, canon de arrendamiento y forma de pago. Igualmente en ella, Proyectos y Desarrollo hizo presente lo que debía suceder con los inmuebles por destinación, como parte del negocio.

Como consecuencia palpable de las actuaciones y situaciones descritas, surge que el Contrato de arrendamiento 233, recoge la causa que las partes tuvieron en cuenta para celebrarlo, sin las anomalías que denuncia la convocante sobre el particular, anomalías que, por consiguiente, carecen de fundamento. El interés de las partes encaja nítida y válidamente dentro de la causa propia del arrendamiento de los inmuebles.

En cuanto al vicio que la convocante le enrostra al contrato, respecto de la estipulación del plazo de diez años, con desconocimiento de la prohibición de comprometerse vigencias futuras, le basta reiterar al Tribunal que el plazo de vigencia, ya referido, fue de 23 meses y 21 días. Solo que las partes introdujeron un eventual factor de proyección

al contemplar la posibilidad que se mantuviera por más tiempo el uso y goce de la cosa arrendada, con miras a efectuar la depreciación de los denominados inmuebles por adhesión y por destinación, con las consecuencias que se expondrán más adelante, habida cuenta de lo que, en torno de no cumplirse esa depreciación, pactaron las partes. Incluso en el acto modificatorio 1, convinieron dejar vigente el contrato desde el 15 de julio de 2012 hasta el 6 de agosto de 2014, y el 17 de julio de 2014 suscribieron una prórroga del término establecido en la cláusula tercera del Contrato 233 hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha en la que terminó por vencimiento del plazo inicial y su prórroga.

Las partes fijaron, entonces, de manera expresa el término de vigencia del contrato sin que en sus cláusulas apareciera plazo de duración de diez años, aunque en el documento elaborado por la misma Contraloría de 22 de julio de 2011, *Ficha de Formulación de Proyecto*, para la adquisición de servicios y administración de planta física de Bogotá, se señalara diez años como estimación de la duración del contrato con la sociedad Proyectos y Desarrollos, que fue algo que a la postre no sucedió.

La **pretensión identificada con el literal e**, está destinada a obtener la declaratoria de *"la nulidad absoluta del contrato por violación del principio de planeación, por cuanto en los estudios previos no se incluyó la descripción completa de la necesidad, objeto, forma de contratación, elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato de compraventa de bienes muebles de oficina, en tanto que en el contrato celebrado se incluyó la contratación de dichos bienes, bajo el ropaje de arrendamiento de bienes inmuebles por destinación y por adhesión, lo que de paso constituye una simulación, con el fin de eludir el procedimiento de licitación pública"*.

El principio de planeación, que la parte convocante alega como violado en la contratación objeto de estudio, no lo nomina la Ley 80 de 1993, pero el mismo, según lo comenta la doctrina y la jurisprudencia, se desprende de las normas que consagran expresamente los principios de transparencia (artículo 24), responsabilidad (artículo 26) y economía (artículo 25) y, porque es a partir de ellos como la administración queda comprometida a adelantar las *"actuaciones"* de *"la contratación estatal"*

con pleno y real conocimiento de la necesidad que habrá de ser satisfecha, para así poder prever el tipo de contrato, los recursos requeridos, los términos de ejecución presupuestal y los riesgos previsibles, para lo cual está obligada, como lo establece el número 12 del artículo 25, *"Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso", a "elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia"*.

Los estudios previos, son, entonces, el faro orientador de la planeación en el proceso de la contratación estatal, no bastando acomodarse a las exigencias legales para cumplirlas, sino que la planeación exige el agotamiento de acciones más concretas con el fin de optimizar los recursos, reducir costos, cubrir riesgos, y obviamente satisfacer la necesidad. En otras palabras, la planeación no es otra cosa que la expresión de la razonabilidad del proyecto de contratación, que materialmente implica que el contrato debe estar precedido de estudios serios que determinen la viabilidad técnica y económica del mismo, así como la segura consecución del fin que se persigue, y claro está la satisfacción de las necesidades públicas, porque como lo ha pregonado el Consejo de Estado, el contrato estatal *"no es un fin en sí mismo, sino un medio para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado"* (sentencia de 22 de julio de 2009). En suma, como lo explica la doctrina guiada por la ley, durante la etapa previa de la planeación, la entidad estatal tiene el deber de examinar el marco de la futura contratación desde la *"perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo"*.

Ahora bien, la pretensión que se examina cuestiona el cumplimiento del mencionado principio bajo el entendimiento que el contrato celebrado entre la Contraloría y la convocada, además del arrendamiento del inmueble comporta una *"compraventa de bienes muebles de oficina"*, acerca de la cual *"los estudios previos"*, no incluyeron *"la descripción completa de la necesidad, objeto, forma de contratación, elementos esenciales, naturales y accidentales..."* de la misma, porque según lo afirma la demandante tal contrato se simuló bajo *"el ropaje de arrendamiento de bienes inmuebles por destinación y por adhesión"*.

Dar respuesta a la cuestión sobre la violación del principio de planeación, conforme al planteamiento de la demanda, exige que de manera anticipada se deje por esclarecida la concurrencia o coexistencia de contratos que la Contraloría afirma para fundar su pretensión, esto es, que además del contrato de arrendamiento del inmueble, en el acuerdo de 29 de marzo de 2012 subyace un contrato de *"compraventa de bienes muebles de oficina"*, porque si este predicado se descarta, como a continuación se hará, descartada queda la vulneración del principio indicado en cuanto a la arista propuesta por la parte convocante, pues esta para dar cabida a su alegación, como ya se vio, parte de la bifurcación de la negociación, que es argumento que el Tribunal no puede admitir, como enseguida se explica.

Como ya se ha dicho, el contrato celebrado el 29 de marzo de 2012 entre la Contraloría General de la República y Proyectos y Desarrollos I S.A., es un contrato de arrendamiento sobre los bienes inmuebles que se identifican en la descripción del objeto (cláusula primera) en la modalidad de *"oficina funcional"* como expresamente se califica en el Parágrafo Primero de la citada estipulación, cuando se declara que *"La sumatoria del área de oficina funcional objeto de este arrendamiento es de veintinueve mil ochocientos veinticuatro metros cuadrados (29.824 m²) discriminados así:..."*, y se confirma en el numeral 4 del parágrafo tercero cuando se manifiesta que *"El arrendamiento incluye lo siguiente:...4.- Divisiones, puestos de trabajo, escritorios, archivadores, sillas y en general los inmuebles por destinación y por adhesión necesarios para la utilización de los espacios de oficina funcional..."*. Por lo demás, esa concepción es la misma que señala la cláusula tercera del contrato al ocuparse del término de duración y de la obligación que adquiere el arrendador de hacer las adecuaciones *"de los inmuebles de oficina funcional y de instalación de los inmuebles por destinación y por adhesión objeto del arrendamiento en las condiciones previstas en este contrato"*.

Desde luego que el concepto de *"oficina funcional"*, varias veces utilizado en el texto del contrato, como se nota en los apartes citados, nada tiene que ver con la tipología del contrato, pues su plural mención

siempre está referida al objeto de la prestación arrendaticia, es decir, a los bienes que van a ser objeto de la tenencia por parte del arrendatario, por lo cual habrá de pagar la prestación dineraria que se establece en la cláusula cuarta (\$2.515.982.464), incluidos *"los gastos inherentes a la administración"*.

Valga afirmar entonces, que ni en teoría, ni en la práctica del presente contrato, existe uno que pudiera identificarse y calificarse como *"arrendamiento funcional"*. Lo que existe, en el tráfico negocial, y el caso lo demuestra, son contratos de arrendamiento de inmuebles que se entregan en obra gris para que el arrendatario a su costo los acondicione y amueble de acuerdo con sus intereses y necesidades, y contratos, como el del caso, donde el arrendador procede a ese acondicionamiento atendiendo las instrucciones y conveniencias del arrendatario, incluyendo la dotación de muebles, que en el caso decidieron llamarlos inmuebles por destinación, que permitan y garanticen el funcionamiento de la entidad o empresa locataria. De ahí la nominación mercantil de arrendamiento funcional o de *"todo incluido"*, como en algunas ocasiones lo llama la convocada. En todo caso, proporcionar valores agregados, acordes con la finalidad buscada por el arrendatario, como lo es hacer adecuaciones e inversiones, o establecer sistemas flexibles en cuanto a la duración del contrato o al pago de los cánones, como en otros casos ocurre, en manera alguna desvirtúan el tipo de contrato ajustado, porque con independencia de las diversas modalidades que se estilan y que muchas veces determina el mercado, el contrato, en su estructura y en su función, sigue siendo de arrendamiento.

Si la alternativa utilizada en el caso fue la segunda, como en efecto ocurrió, la lógica jurídica y la economía del contrato, conducen a pensar que esa obligación que se le impone al arrendador, porque en el caso esa siempre fue exigencia de la Contraloría, como claramente lo ponen de presente algunas de las comunicaciones que la Contralora de entonces le remitió a Proyectos y Desarrollo, así como la Resolución 1800 de 23 de marzo de 2012, donde justamente se señala que es obligación del arrendador *"hacer la entrega de los inmuebles y derechos objeto del arrendamiento a la ARRENDATARIA, debiendo haber realizado*

a más tardar en esa misma fecha las obras de acabados y haber equipado, instalado divisiones e inmuebles por destinación y por adhesión objeto del arrendamiento de acuerdo con las especificaciones y parámetros de que trata el documento intitulado como "DISEÑO DE OFICINAS FUNCIONALES", y el propio contrato en la estipulación tercera, habría de reflejarse en el canon arrendaticio, como bien se observa en la cláusula sexta del contrato donde claramente se señala que "2.-Es entendido que el precio del canon por cada metro cuadrado, antes de IVA, comprende el arrendamiento propiamente dicho de las áreas de oficina funcional con todos sus derechos complementarios y accesorios incluido el uso exclusivo sobre los estacionamientos a que se refiere el numeral 1 del párrafo segundo de la cláusula primera; el espacio del auditorio de uso exclusivo localizado en el piso cuarto, los inmuebles por adhesión y destinación; el servicio de mantenimiento de oficinas funcionales y de sus inmuebles por destinación y por adhesión conforme al numeral 4 del párrafo tercero de la cláusula primera; y los gastos de administración de la Propiedad Horizontal", lo cual también había quedado expresado en las comunicaciones cruzadas entre arrendador y arrendatario en la fase precontractual, donde siempre el arrendador distinguió precios entre construcción terminada y amoblada, y en obra gris, o no acabada ni equipada.

Apreciado el contrato del modo dicho, o sea, una parte que concede el goce de una cosa, y otra que como contraprestación por ese goce y uso paga un determinado precio, sin duda se concluye que el perfeccionado fue, sin más, un arrendamiento (artículo 1973 del Código Civil), y que, en manera alguna, admite la bifurcación pretendida por la convocante para ver arrendamiento en cuanto a los edificios propiamente se refiere, y compraventa en relación con la dotación de muebles ("*inmuebles por destinación*", según el contrato), en consideración al contenido del párrafo segundo de la cláusula sexta, en tanto que establece el término de depreciación del valor comercial de tales bienes (10 años) y la eventualidad de que si "*por cualquier causa*", el contrato termina antes de haberse completado el lapso de tiempo calculado para la depreciación total, la arrendataria habría de reputarse dueña de dichos bienes, pagándole al arrendador, "*a título de compensación y previa la formalización de las reservas presupuestales del caso y las normas*

legales que le aplicaren, una suma igual a la resultante de restarle al valor comercial inicial acabado de expresar, el diez por ciento (10%) de dicho valor por cada año completo transcurrido del arrendamiento y proporcionalmente por fracción de año”.

De acuerdo con la literalidad del párrafo segundo de la cláusula sexta, y esta es la interpretación más acorde con su texto, y las particularidades que presenta, mientras que el contrato conservara su vigencia, cualquiera que hubiese sido el tiempo de la misma, los llamados bienes inmuebles por destinación y por adhesión son de propiedad del arrendador, pues el arrendatario solo se hace dueño de ellos cuando se cumpla la condición “*de la terminación del contrato por cualquier causa*”, con el aditamento de que si esto ocurre antes de transcurrir el plazo de depreciación (diez años), debe pagar la compensación en la forma estipulada, que es obligación futura del arrendatario sujeta a la condición de la terminación del contrato, pues en tanto este rigiera, el porcentaje de depreciación anual habría de aplicarse al valor acordado para esos bienes, como reiteradamente lo indica el contrato.

En todo caso, durante la vigencia del contrato y de conformidad con el mismo, siendo tales bienes de propiedad de Proyectos y Desarrollos, la Contraloría General de la República, solo era titular de su tenencia para su uso y goce, y, a su vez, obligada a pagar como contraprestación el valor estipulado, que con independencia de los distintos ítems que lo integran solo puede entenderse como imputable al precio de un contrato de arrendamiento, porque mientras el vigor del contrato subsistiera, no se habría cumplido la condición que determina el surgimiento de otro estado jurídico, como sería el de propietario.

Cumplida la condición de la terminación del contrato, el pago previsto a título de compensación a favor del arrendador no es atribuible a un precio de compraventa, porque nada de lo estipulado conduce a pensar que ese tipo de relación fue efectivamente acordada, o presente en la intención de las partes, expresada en el momento mismo de la suscripción del contrato. Ese pago ulterior, a realizarse según el contrato luego de su terminación, no tiene alcance distinto al que en él se le

asigna, es decir, "*compensarle*" al arrendador el valor de la inversión en bienes muebles requeridos por la Contraloría, o sea, reembolsarle al arrendador el valor restante del gasto hecho en los referidos bienes muebles, en cuanto ese valor no alcanzó a ser depreciado por haberse terminado el contrato antes de los diez años previstos para que la depreciación se cumpliera en su totalidad. Interpretación esta que se adecua al entendimiento que al mismo término le asigna la ley y la jurisprudencia, como bien se nota en la Ley 80 de 1993, artículo 14 y en la sentencia del Consejo de Estado de 26 de julio de 2012, para solo poner dos ejemplos, y así por contera excluir cualquier otro alcance o definición jurídica, como la de la figura de la *compensación* que consagra el artículo 1714 del Código Civil, porque nada en la relación sustancial establecida entre las partes conduce a entender que ese haya sido el sentido jurídico del término utilizado, como tampoco el de *precio* de una compraventa que es el significado que quiere darle la Convocante, como antes se explicó.

Sin que sobre añadir que el precio en la compraventa, con arreglo a lo previsto en el artículo 1849 del Código Civil, se acuerda y se paga a cambio de la cosa que debe ser dada por el vendedor, que es en lo que se percibe el carácter sinalagmático o recíproco del contrato. Reciprocidad que no se percibe en el contrato *sub-judice* como quiera que los bienes por los cuales la Contraloría supuestamente tendría que pagar un precio, encontrarían su razón de ser —en tanto que materia de un contrato— no en la sedicente compraventa sino en el arrendamiento celebrado, con sujeción a sus propios términos y a sus antecedentes. Ciertamente, el párrafo segundo de la cláusula sexta con toda claridad dice en el aparte pertinente: "*...Como quiera que la distribución interna y ubicación de los espacios de trabajo, las divisiones, y en general de los inmuebles por adhesión y por destinación han sido diseñados, y se dispondrán e instalarán exclusivamente en función de las necesidades de la ARRENDATARIA, esta última se reputará dueña y adquirirá por tanto el derecho de disposición plena de tales bienes a partir del momento de la terminación del contrato de arrendamiento por cualquier causa...*". En igual orden de ideas, la suma a ser desembolsada por la Contraloría al vencimiento del contrato, no tendría —por lo anotado— su contrapartida en una supuesta obligación de dar por parte del

arrendador, sino en el hecho, claro y preciso, de la terminación del contrato antes del tiempo previsto para la depreciación total de esos bienes, como también es palmar en el aludido párrafo.

A riesgo de caer en reiteración, admitir que la tesis de la compraventa halla arraigo en la adscripción de dominio de los inmuebles por destinación y por adhesión a la arrendataria comportaría pasar por encima de lo acordado por las partes respecto de la depreciación y de la compensación a ella atada para el supuesto de no cumplirse de modo completo, lo que solo podría tener lugar a partir de decir que hubo una simulación —hipótesis también propuesta por la convocante—, cuyo acogimiento dependería de un acuerdo oculto y expreso de la real voluntad de las partes en el sentido de que la compensación no es tal, sino el precio de los inmuebles por destinación y por adhesión. Y de un acuerdo de esa índole no existe prueba en el expediente.

Adicionalmente, en el contrato constan otros elementos de juicio, ya puestos de presente, que no permiten darle cabida a ese entendimiento de lo estipulado, como es el hecho consistente en que la depreciación del valor de los bienes no apareció en el clausulado contractual como fruto de una declaración unilateral y exclusiva del arrendador, sino como una puntual expresión del acuerdo de ambos contratantes, lo que no tenía una finalidad distinta de la de comprometer a la arrendataria al pago del saldo de lo que restara por depreciar a causa de la terminación del contrato antes de finalizar el plazo fijado para que se diera la depreciación en su totalidad. Desde esta perspectiva, depreciación y compensación representan las dos caras de la misma figura ideada por los contratantes: depreciación para el arrendador y compensación para la arrendataria. Por esto, como en párrafos anteriores se anotó, la finalidad, o mejor, la naturaleza de la compensación pactada, es la de ser un medio por el cual la arrendataria reembolsa o *reconoce*, como lo ha dicho el Consejo de Estado a propósito de otros casos, la inversión no saldada que para efectos del contrato de arrendamiento hizo la arrendadora siguiendo las específicas necesidades y requerimientos de la primera.

Para admitir que las partes pactaron una compraventa cuyo precio no sería otro que la compensación establecida en la cláusula sexta del contrato habría que separar dicho concepto del de la depreciación, pues que una cosa sería aquella —como precio por los bienes— y otra diferente la segunda —como disminución contable del valor de los mismos—. No obstante, a la luz de lo acordado por las partes, tal separación es inaceptable, como quiera que en el párrafo segundo de su cláusula sexta se dice que la depreciación ha sido "*contractualmente establecida*" por las partes, manifestación seguida de otra formulada "*de común acuerdo*", relativa a la manera como esa depreciación habría de cumplirse (10% anual) en el lapso indicado con ese fin. Hasta aquí la cuestión aparecería únicamente como de incumbencia del arrendador y, por lo tanto, su inclusión en el contrato como expresión de la voluntad conjunta de las partes carecería de utilidad, siendo esta una razón suficiente para concluir que la depreciación trae aparejado, para la arrendataria, el deber de reconocerle al arrendador por todo lo que este no hubiere alcanzado a depreciar.

No habiéndose convenido que la intención de la arrendataria fuese la de hacerse dueña de unos bienes a cambio de un precio, sino la de pagar una compensación, se sigue, de contragolpe, que la adscripción del dominio a la arrendataria respecto de los inmuebles por adhesión y por destinación quedaría justificada solamente por el hecho de que el contrato terminara "por cualquier causa" antes de los diez años calculados para la depreciación total. Conclusión cuyas consecuencias se pondrán de presente más adelante, cuando el Tribunal aborde el examen del párrafo segundo de la cláusula sexta.

En la pretensión f, la Contraloría pide "...se declare la nulidad absoluta del contrato por violación del principio de selección objetiva (art. 5º. Ley 1150 de 2011), toda vez que el contrato no fue adjudicado al proponente que presentó el ofrecimiento más favorable a la Contraloría General de la República y a los fines que ella buscaba satisfacer, como lo era la consecución de una **sede temporal**, mientras se realizaban los trabajos de adecuación de sus edificios sedes Centro Colseguros y Cardenal Crisanto Luque".

En la celebración del Contrato 233 se cumplió con el procedimiento previsto en la ley para la contratación directa, que el Tribunal ha considerado procedente; empero la entidad arrendataria razona haciendo ver que el principio de selección objetiva no se atendió *adecuadamente* al no adjudicarse al mejor proponente y, por consiguiente, el negocio jurídico adolece de nulidad absoluta.

Ni en el escrito de la demanda ni en el alegato final la entidad convocante precisa cuál fue el ofrecimiento más favorable a sus intereses, que debió gozar de la escogencia para el arrendamiento; simplemente la Contraloría hace el enunciado general.

Por el contrario, obra en el proceso el acercamiento de varias entidades para presentar propuestas o a interesarse en participar en entregar en arrendamiento inmuebles situados en la zona de El Salitre o en otras zonas de Bogotá, como la misma Contraloría destacó en los Estudios Previos.

En verdad, se aprecia en el expediente, y se relacionará con precisión más adelante, que cinco entidades se presentaron para participar como eventuales arrendadores, convirtiéndose así lo que la Contraloría, en su documento *Estudios Previos y concepto de conveniencia y oportunidad para la contratación de arrendamiento de inmueble*, calificó o identificó de alternativas (Gran Estación Centro empresarial, Ciudad Empresarial Sarmiento Angulo, Centro Empresarial Paralelo, Entrecalles y Paralelo 26) que, ante los requerimientos que mostraba la Contraloría, orientaba la escogencia a aquella que pudiera satisfacer dichas necesidades, resultando, con esa perspectiva, escogida la propuesta de la sociedad convocada, por haber sido, en su sentir, la más favorable, tal como se consignó en dicho Estudio: *"...Por todo lo anterior, se concluyó que la Alternativa 1, correspondiente al inmueble Gran Estación Centro Empresarial resulta ser la más favorable para satisfacer la necesidad que tiene la Contraloría de trasladar y concentrar a todas sus dependencias de su nivel central en una sola sede..."*

Precisamente, la Contraloría, desde el 22 de julio de 2011, había fijado, en la *Ficha de Formulación del Proyecto*, los criterios y principios a tener en cuenta para la selección del arrendador.

Tampoco puede ser motivo de cuestionamiento el hecho de que alguien realice o promueva actos encaminados a interesar a un tercero para la celebración de un contrato si se dirige por la vía de la corrección, que ha de presumirse.

Además, como sostiene la sociedad convocada, se debe contar para el arrendamiento de inmueble como única referencia las condiciones del mercado en los términos del artículo 83 del Decreto 2474 de 2008: *"En relación con el contrato de arrendamiento, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones de mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas. Del análisis que haga la entidad a efecto de establecer las condiciones de mercado, se dejará constancia escrita en el respectivo expediente de la contratación."*

Las otras dos causales que invoca la convocante, como constitutivas de nulidad absoluta del contrato, giran alrededor del precio o renta del arrendamiento en cuanto *"...el canon pactado es superior al valor que consta en los documentos precontractuales"* y el contrato *"...excedió los precios del mercado y, por tanto, se causó grave perjuicio al patrimonio público"* (**pretensiones f e i**).

En verdad, las citadas causales no encuadran *en sí mismas* como defectos que conduzcan a la invalidación del Contrato 233, por nulidad absoluta, si se aprecia que los supuestos en que se sustentan no tienen la connotación de afectar el negocio jurídico ni el ordenamiento jurídico sino, a lo sumo, la de cuestionar el alcance de la prestación a cargo de la entidad arrendataria.

No es exacta la afirmación de que el canon pactado fuera superior al valor que consta en los documentos precontractuales, pues basta con reparar los documentos que obran en el proceso ya mencionados, sobre el particular, para destacar la aproximación entre lo propuesto y tratado preliminarmente y lo pactado y ejecutado.

En el documento citado y elaborado por la Contraloría, *"Estudios previos y concepto de conveniencia y oportunidad para contratación de arrendamiento de inmueble"*, se hace referencia a la suma a tener en cuenta como precio del arrendamiento equivalente al canon mensual contratado.

Respecto de la causal relativa a que el canon de arrendamiento excedió los precios del mercado, observa el Tribunal que en el expediente no existe prueba demostrativa de tal aseveración.

Como se anotó, obra en el proceso el estudio sobre las distintas alternativas o posibilidades para arrendamiento de inmuebles ubicados en distintas zonas de la ciudad de Bogotá en donde se aprecian los valores de arriendo del mercado inmobiliario, que refleja el grado de estimación de los precios y sin que se pueda sostener que el canon acordado en el Contrato 233, estuvo por encima del corriente del mercado.

En la demanda principal reformada se reconoce que en febrero de 2012, el Grupo Inmobiliario y Constructor Valor S.A. y la Inmobiliaria Estrategias Comerciales y de Mercado S.A. presentaron avalúos comerciales de las oficinas, que sirvieron de apoyo para estimar la renta o precio del arrendamiento.

Adicionalmente, en el ya mencionado dictamen de Collier International, sobre las condiciones del mercado inmobiliario en Bogotá desde 2012, correspondiente al sector donde están ubicados los inmuebles arrendados, con anotación de la razonabilidad del canon de arrendamiento para el año de 2012 de las oficinas objeto del Contrato 233, se hacen las anotaciones de los valores del mercado inmobiliario en distintas zonas de Bogotá, para la época de la celebración del contrato 233.

En la pretensión k la Contraloría solicita: *“Que como consecuencia de la nulidad absoluta del contrato No. 233 de 2012, se ordene a la sociedad Proyectos y Desarrollo I S.A. recibir los inmuebles descritos en la cláusula primera, junto con la totalidad de los bienes muebles que se detallan en el documento de 26 de marzo de 2012 titulado CARVAJAL, PROYECTO CUADRO CANTIDADES CONTRALORÍA, sin que haya lugar al pago de ningún tipo de compensación por parte de la Contraloría General de la República”.*

En razón de que el Tribunal concluye que no concurre ninguna de las causales de nulidad absoluta del Contrato 233 que aduce la Contraloría, necesariamente la **pretensión k** destinada a que la Convocada reciba

los bienes descritos en la cláusula primera del contrato no puede tener acogida, en tanto y en cuanto se la tiene como consecuencia de la pretensión de declaratoria de nulidad invocada y que se ha de negar. Todo sin perjuicio de lo que seguidamente se analizará y concluirá en torno a la cláusula sexta del contrato.

En consecuencia, el Tribunal negará las pretensiones de declaratoria de nulidad absoluta del Contrato 233, como se dispondrá en la parte resolutive de este laudo, en cuanto a las anomalías que expresamente denuncia la Contraloría en su demanda reformada.

5. DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SEXTA DEL CONTRATO 233

La pretensiones subsidiarias de la Contraloría, destinadas a obtener la declaratoria de nulidad parcial del contrato, en cuanto a la cláusula sexta se refiere, fueron las siguientes:

- a. *"Que se declare la nulidad absoluta de la cláusula sexta del contrato No. 0233 de 2012, por encontrarse viciada de nulidad, por objeto ilícito, al haberse pretermitido el procedimiento de licitación pública para su celebración (artículo 24, ordinal 8º, en armonía con el ordinal 2º del artículo 45 de ley 80 de 1993), por cuanto a través de la misma se celebró un contrato de compraventa de bienes muebles.*
- b. *Que se declare la nulidad absoluta de la cláusula sexta del contrato No. 0233 de 2012, por encontrarse viciada de nulidad, por objeto ilícito, en razón de que la misma establece una prórroga automática del contrato que no está autorizada en la ley y, además, desconoce los principios de libre competencia, igualdad, imparcialidad y transparencia.*
- c. *Que se declare la nulidad absoluta de la cláusula sexta del*

- contrato No. 233 de 2012, al haberse pactado allí un término de diez (10) años para la amortización de los llamados inmuebles por adhesión y por destinación, lo cual desconoció la prohibición de comprometer vigencias futuras que superaran el respectivo período de gobierno (art. 10 ley 819 de 2013).*
- d. *Que si el tribunal encuentra probada cualquier otra causal de nulidad absoluta de la cláusula sexta o de cualquier otra estipulación, proceda a declararlo así con fundamento en el inciso final del art. 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) y el art. 2º de la ley 50 de 1936.*
- e. *Que como consecuencia de la nulidad absoluta de la cláusula sexta del contrato No. 233 de 2012, se ordene a la sociedad Proyectos y Desarrollo I S.A. recibir los inmuebles descritos en la cláusula primera, junto con la totalidad de los bienes muebles que se detallan en el documento de 26 de marzo de 2012 titulado CARVAJAL, PROYECTO CUADRO CANTIDADES CONTRALORÍA, sin que haya lugar al pago de ningún tipo de compensación por parte de la Contraloría General de la República."*

En los términos transcritos la Contraloría impugna la cláusula sexta del contrato 233 de 2012, por nulidad absoluta, por tres motivos distintos, dos de ellos por objeto ilícito: pretermisión del procedimiento de licitación pública en su celebración y establecimiento de una prórroga automática que no está autorizada en la ley, y el tercero por haberse pactado un plazo de diez años para la amortización de los llamados inmuebles por adhesión y destinación, con desconocimiento de la prohibición de comprometer vigencias futuras.

Para el Tribunal resulta evidente que en la cláusula sexta del Contrato 233 se señalaron, luego de la determinación de la renta o precio y sus reajustes, criterios y parámetros para ese efecto, lo mismo que el contenido de los arrendamientos propiamente dichos de las áreas de las oficinas funcionales con todos los derechos complementarios y accesorios, estacionamientos, auditorio, mantenimiento "y los inmuebles

por adhesión y destinación”, sin que se hubiera discutido o cuestionado la naturaleza de éstos.

Para la Contraloría, en el párrafo segundo de la mencionada cláusula sexta, se incluyó la adquisición de bienes inmuebles por destinación o por adhesión, adquisición que resultaba extraña al núcleo propiamente dicho del objeto contractual, razón por la cual, para la selección del arrendador, debió acudirse a un proceso licitatorio o de selección abreviada previsto en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, mas como así no se hizo, se vició de nulidad absoluta por objeto ilícito la cláusula sexta del contrato.

Para responder la objeción de la Contraloría, se debe precisar el contenido de la cláusula sexta, en lo que concierne con el objeto del contrato atinente a los inmuebles arrendados y lo que va comprendido en ellos, conforme a lo establecido en la cláusula primera, en asocio con la parte del clausulado que regula la depreciación de los bienes destinados y adheridos a la cosa arrendada que habrían de ser depreciados en un plazo de diez años.

Si hay que acudir al objeto del Contrato 233, como debe ser, no se puede formular ningún reparo a su naturaleza, pues trata, al amparo de un contrato de arrendamiento, de la entrega de unos inmuebles (oficinas), estacionamientos, auditorio, incluyendo los denominados inmuebles por destinación y adhesión, para el uso y goce por tiempo determinado con contraprestación de pago de una renta o precio. Así entendido de manera integral, como se expuso, se advierte que es un típico contrato de locación de inmuebles.

En efecto, el hecho de que el arrendador hubiera adherido a la edificación redes hidráulicas, sanitarias, eléctricas, ventilación y aire acondicionado, elementos de seguridad y control, y dotado las oficinas de muebles, escritorios, mesas, estantes, archivadores, sofás, etc., y que además en la cláusula sexta se hubiese previsto y proyectado una depreciación de los denominados bienes inmuebles por destinación y por adhesión durante un término de diez años, y se hubiere acordado como consecuencia de la misma, para el supuesto de que la duración del contrato no llegare a ese término, el reconocimiento de los valores no alcanzados a depreciar, invertidos por el arrendador por vía de

compensación, no resulta ser un fundamento adecuado para sostener que se modificó la tipología del contrato celebrado ni para afirmar que se transformó en uno distinto, porque se convino en que quien incorporaba esos elementos se legitimaba para exigir el pago, a partir de que no se alcanzara a depreciar la totalidad, creándose de ese modo una estipulación que si bien no es esencial al contrato, no por ello conduce a que se pierda su identidad como arrendamiento de inmuebles.

La cláusula sexta del Contrato 233, se repite, tiene como objeto precisar los "criterios y parámetros" sobre los cuales se fija el canon del arrendamiento, y la Contraloría la enjuicia atribuyéndole la presencia en ella de un objeto ilícito *"...en razón de que la misma establece una prórroga automática del contrato que no está autorizada en la ley y, además, desconoce los principios de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad y transparencia"*-**pretensión b. subsidiaria-**, y *"por haberse pactado allí un término de diez (10 sic) para la amortización de los llamados inmuebles por adhesión y por destinación, lo cual desconoció la prohibición de comprometer vigencias futuras que superan el respectivo periodo de gobierno"* (**pretensión c**).

Sin embargo, la sola cláusula sexta del contrato no se presta para reconocer la existencia de objeto ilícito de toda la relación obligatoria pues, como ya analizó, para el Tribunal no tiene ocurrencia la pretermisión del procedimiento de licitación pública, como exigencia del contrato, bajo el supuesto, no compartido, de que se haya celebrado un negocio de compraventa de muebles, porque, en realidad, el contrato de arrendamiento, como ya se expuso, es de inmuebles, que bien podía, como aconteció, perfeccionarse por contratación directa.

En parte alguna se convino en el Contrato 233, prórroga automática, ni se puede deducir de su contenido. Cuando las partes estimaron la necesidad de una ampliación del plazo expresamente acudieron a esa modalidad, tal como aparece en el modificadorio 1 y en el otro sí o adicional del contrato cuando se convino extender la vigencia y duración hasta el 31 de diciembre de 2014.

En la cláusula tercera del Contrato expresamente se estableció la duración del contrato, cuya vigencia se extendió hasta el 6 de agosto de

2014, y al mismo tiempo dispuso que podía prorrogarse bien por el máximo término permitido por la ley o por el que acordaren las partes; entonces, no puede tener el alcance que le imprime la Contraloría, de prórroga automática del Contrato 233, pues ninguna de esas circunstancias se evidencia en el proceso en cuanto ni la ley señala un máximo permitido ni las partes acordaron prórroga distinta a la mencionada atrás hasta el 31 de diciembre de 2014.

La otra acusación, en torno al desconocimiento de la prohibición de comprometer vigencias futuras, alcanzó a tener respuesta, en líneas anteriores, cuando el Tribunal abordó brevemente el alcance de las normas generales del presupuesto, y concluyó que la Ley 819 de 2003, que modificó el artículo 9 de la Ley 179 de 1994, establece la regla sobre la autorización de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras sin imponer ninguna clase de efecto invalidante. Es el artículo 26-6 de la Ley 80 de 1993 el que, respecto del principio de economía de la contratación estatal, dispone que las entidades públicas deberán tener en cuenta, a la apertura de licitaciones e inicio de procesos de suscripción de contratos, la existencia de las respectivas partidas presupuestarias, que en el caso presente oportunamente se contó.

Concretamente en la cláusula décima quinta del Contrato 233 se consignó que los recursos para el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato durante el primer año de ejecución, estaban reservados conforme al Certificado de Disponibilidad Presupuestal 4512 del 10 de enero de 2012, y para las vigencias correspondientes a los años 2 y 3 de ejecución contractual se obtuvo el Certificado de Aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de 13 de enero de 2012.

Por consiguiente, las pretensiones formuladas por la Contraloría con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la cláusula sexta del Contrato 233, tampoco prosperan.

6. DE LA NULIDAD DEL PARÁGRAFO SEGUNDO DE LA CLÁUSULA SEXTA.

6.1. Examen y declaración oficiosa

La Contraloría tanto en la **pretensión j** principal, como en la **e** subsidiaria, solicita *"que si el tribunal encuentra probada cualquier otra causal de nulidad absoluta del contrato o de alguna de sus cláusulas, proceda a declararlo así con fundamento en el inciso final del art. 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*.

Pues bien, con el propósito de averiguar por la presencia de cualquier otro vicio que afectara la validez del Contrato 0233 o de alguna de sus cláusulas, el Tribunal comienza por transcribir nuevamente el párrafo segundo de la cláusula sexta, que a decir verdad contiene una serie de elementos que ameritan su confrontación con el régimen de la contratación estatal. Dice así el párrafo: *"... Se establece contractualmente como tiempo de depreciación total para los inmuebles por destinación y por adhesión que hacen parte del arrendamiento, la cantidad de diez (10) años, depreciación esta que deberá ajustarse a las normas contables vigentes. Igualmente se establece de común acuerdo que, a partir de la fecha de la entrega de los inmuebles a la ARRENDATARIA, tales inmuebles e instalaciones se irán depreciando de tal manera que su valor comercial, pactado inicialmente en la suma que para tal efecto aparezca en el ACTA DE ENTREGA, se disminuirá anualmente por un monto equivalente al diez por ciento (10%) de dicho valor y proporcionalmente por fracción de año. Como quiera que la distribución interna y ubicación de los espacios de trabajo, las divisiones, y en general de los inmuebles por adhesión y por destinación han sido diseñados, y se dispondrán e instalarán exclusivamente en función de las necesidades de la ARRENDATARIA, esta última se reputará dueña y adquirirá por tanto el derecho de disposición plena de tales bienes a partir del momento de la terminación del contrato de arrendamiento por cualquier causa. En ese orden de ideas si los inmuebles por naturaleza son restituidos definitivamente a EL ARRENDADOR antes de transcurridos diez (10) años a partir de la fecha prevista para la entrega a LA ARRENDATARIA, ésta deberá pagar a favor de EL ARRENDADOR, a título de compensación y previa la formalización de las reservas presupuestales del caso y las normas legales que le aplicaren, una suma igual a la resultante de restarle al valor comercial*

inicial acabado de expresar, el diez por ciento (10%) de dicho valor por cada año completo transcurrido del arrendamiento y proporcionalmente por fracción de año. Terminado el arrendamiento la ARRENDATARIA deberá retirar las divisiones, puestos de trabajo, escritorios y en general todos los inmuebles por destinación y por adhesión de manera inmediata. Si el contrato termina después de los diez (10) primeros años, no por ello se alterarán, a partir del décimo año, las condiciones que sirvieron de base para la determinación del canon en la medida en que las divisiones, puestos de trabajo, e inmuebles por destinación y por adhesión siguen siendo de propiedad de EL ARRENDADOR”.

Por lo dicho, se detiene ahora el Tribunal en tres importantes aspectos que permiten definir la existencia de vicios en el parágrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233: **(i)**. Los documentos y actuaciones durante la etapa preliminar y de ejecución *del contrato* y lo acordado alrededor del pago de una compensación con la obligación de retirar también los llamados inmuebles por adhesión; **(ii)**. La atribución de dominio a la arrendataria de los inmuebles por adhesión y por destinación, la obligación de retirarlos y la violación de principios rectores de la contratación estatal; **(iii)**. La infracción del artículo 2º. de la Ley 1150 de 2007.

(i) Los documentos y actuaciones durante la etapa preliminar y de ejecución *del contrato* y lo acordado alrededor del pago de una compensación con la obligación de retirar también los llamados inmuebles por adhesión

Para el propósito de evaluar la validez o invalidez del parágrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 del 29 de marzo de 2012, celebrado entre la Contraloría General de la República y la sociedad Proyectos y Desarrollos I S. A., estima el Tribunal que es pertinente comenzar por hacer un repaso de aquellos documentos que, proviniendo de las partes, precedieron a la celebración del contrato en los términos ya bien conocidos. Esa pertinencia se explica porque tratándose, como se trata, de una estipulación cuyas particulares características no pueden ser soslayadas, e inserta dentro de un contrato estatal de arrendamiento de oficinas funcionales, es del caso inquirir sobre si

previamente y a partir de qué momento las partes dejaron constancia de haber tratado lo que luego aparece acordado en el citado párrafo. Esos documentos son, en su orden:

1. La llamada "Ficha de Formulación de Proyecto", datada el 22 de julio de 2011, en la que, según el respectivo documento, aparecen como participantes la Contraloría como entidad pública, y Proyectos y Desarrollos, como entidad privada. Cuyo objetivo general era el disponer de *"...una sede que brinde una moderna infraestructura física y cómodos servicios diseñados específicamente para satisfacer el bienestar del núcleo central de la estructura organizacional..."* de la Contraloría, con una duración estimada de diez (10) años prorrogables, contados desde la iniciación del contrato de arrendamiento que se suscriba.²⁰

Tras una serie de consideraciones tendientes a justificar el proyecto así como su ubicación en Ciudad Salitre, la Ficha presenta, como Alternativa 1, el proyecto inmobiliario "Gran Estación Centro Empresarial", administrado por Proyectos y Desarrollo S.A.S., cuyas características generales se describen, y como Alternativa 2 el proyecto arquitectónico y urbanístico "Ciudad Empresarial Sarmiento Angulo", que también se describe de modo general, tras lo cual el documento expresa que se selecciona el proyecto Gran Estación por juzgarse como la *"solución más favorable para cubrir las necesidades de planta física que actualmente presenta el nivel central de la Contraloría General de la República..."*. La Ficha, además, incluye un cálculo de los costos del proyecto, para después reiterar que siendo la Alternativa 1 la más favorable *"... se adelantan gestiones para obtener formalmente una propuesta económica por parte del administrador de Gran Estación Centro Empresarial, quien hasta el momento ha manifestado verbalmente una oferta por alquiler mensual de la infraestructura y el mobiliario a razón de \$65.000 el m2 y un valor mensual de \$13.000/m2 por concepto de administración del inmueble..."*. El anterior documento aparece como elaborado, revisado y aprobado por funcionarios de la Contraloría.

2. Escogido el proyecto Gran Estación como la alternativa más favorable al propósito buscado por la Contraloría, esta, con fecha del 3

²⁰ Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 5 a 24

de agosto de 2011, le solicita a Proyectos y Desarrollos, "... oferta formal de 30.500 m² de oficinas con 470 unidades de parqueaderos para uso exclusivo de la CGR..." que cumpliera, entre otras, con las siguientes características: mínimo 4 niveles de piso, no menos de 8 ascensores, en venta o arriendo, espacios totalmente adecuados y amoblados para funcionamiento de las dependencias de nivel central de la Contraloría integrado por 2.200 empleados. Debiendo comprender la oferta, por fuera de otros aspectos, los siguientes: a) costos de infraestructura en obra gris; b) costos acabados infraestructura (obra blanca); c) costos por dotación de mobiliario; c) costos del servicio de administración; d) plazo de entrega.²¹

De las observaciones adicionales que, según la petición de oferta, debían ser tenidas en cuenta, han de ser destacadas las siguientes:

(...)

"d. Dado que la entidad pretende adquirir una solución integral a sus necesidades se requiere el ofrecimiento de adecuación y dotación de las oficinas así como el servicio de administración de sus instalaciones físicas; no obstante, no representa un factor excluyente.

"e. En caso que la entidad opte por alquilar las oficinas, se prevé un plazo de diez (10) años para la vigencia del contrato de arrendamiento; los precios que sean ofertados por alquiler de infraestructura física y prestación del servicio de administración, serán actualizados teniendo en cuenta el índice de precio al consumidor (IPC) respectivo para cada año.

"f. Los puestos de trabajo incluyen superficie, apoyos, cajonera, archivador superior y panelerías, sillas, punto de red (voz y datos) categoría 7 y punto eléctrico regulado.

"g. El mobiliario deberá ser suministrado de acuerdo con las siguientes cantidades y descripciones...", o sea, conforme al cuadro que seguidamente incluye la solicitud de oferta.

3. Como respuesta a la anterior solicitud, un mes después Proyectos y

²¹ Cuaderno de Pruebas 5, folios 64 a 66.

Desarrollos formuló la oferta que lleva fecha del 5 de septiembre de 2011 y cuyos apartes principales, para lo que al presente caso incumbe, son estos:²²

"Oferta de arriendo.

"Los distintos funcionarios de ese despacho con quienes hemos adelantado negociaciones sobre este tema nos han manifestado que quisieran arrendar con los acabados totalmente terminados y con el amueblamiento completo. Además Usted me expresó su interés en que el mantenimiento corriera por cuenta de la firma constructora durante la vigencia del contrato de arrendamiento. En consecuencia, las siguientes serían las distintas opciones que podemos ofrecer:

"Arrendamiento en obra gris...

"Arrendamiento con acabados y amueblamientos completos a un precio de \$65.000 más IVA el metro cuadrado de área e incluyendo quinientos puestos de estacionamiento.

"Arrendamiento con acabados y amueblamientos completos y mantenimiento (sin incluir aseo de las oficinas) a un precio de \$67.000 más IVA el metro cuadrado e incluyendo quinientos puestos de estacionamiento.

"En los tres casos el contrato se firmaría por un período de diez años reajutable cada año en una cuantía equivalente al índice de precios al consumidor más dos puntos.

(...)

Es apreciable a simple vista que esta oferta, por su carácter general, no responde en detalle a las distintas inquietudes que le planteara la Contraloría.

4. El día 23 de noviembre de 2011, o sea dos meses después de

²² Cuaderno de Pruebas 5, folios 67 y 68.

presentada la oferta a la que se acaba de aludir, la señora Contralora General dirigió a Proyectos y Desarrollos una carta en la que le manifiesta que la Contraloría "... se encuentra interesada en tomar en arriendo, por un período inicial de tres (3) años, una superficie aproximada de veintinueve mil (29.000) metros cuadrados del bien inmueble ubicado (en la) Avenida Carrera 60 N° 24-09... que hace parte de Gran Estación II Centro Comercial PH".²³

Señala la carta en el párrafo siguiente cómo se obtendrían los recursos para el pago de los cánones por el tiempo que durase el contrato. Y finaliza así: *"En cuanto a los demás términos y condiciones en que haya de celebrarse el contrato de arrendamiento, serán los que resulten de las negociaciones que se adelanten a través de la Gerencia de Gestión Administrativa y Financiera de la Entidad"*.

Dos aspectos merecen ser destacados en el documento acabado de citar: por un lado, que la Contraloría ya no habla de un plazo de diez años para el arriendo, sino que lo reduce a tres, lo que es comprensible a la luz de las restricciones legales que en materia de duración de contratos rige para entidades estatales. Y por el otro, que la Contraloría entiende que, teniendo presente lo que la carta menciona sobre plazo del contrato y extensión superficiaria a ser ocupada, las restantes estipulaciones contractuales provendrán de las tratativas que se adelanten.

5. Proyectos y Desarrollos, esta vez de manera pronta, en comunicación que data del 30 de noviembre de 2010 (sic 2011), después de consignar su agrado por lo que se expresa en la carta anterior, dice: *"En el entendido de que la celebración del contrato de arrendamiento de manera directa entre la entidad pública que Usted dirige y la sociedad que yo represento, o el fideicomiso propietario de los inmuebles del cual dicha sociedad es fiduciante y beneficiaria única, es viable a la luz del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, queremos darle alcance a nuestras conversaciones al respecto de la siguiente manera:*

"1.- El término de duración mínimo del contrato de arrendamiento sería de tres (3) años contados a partir del momento de la causación del

²³ Cuaderno de Pruebas 5, folio 70.

primer canon mensual, incluido este. Comoquiera que, de conformidad con su gentil comunicación actualmente se está tramitando el compromiso de las respectivas vigencias presupuestales futuras, con carácter de excepcionales, las inversiones en acabados, en la adquisición del amueblamiento y en instalaciones de las oficinas en las condiciones a que he de referirme más adelante, solo serán realizadas por el arrendador a partir del momento en el que, previa la existencia de esos compromisos presupuestales, hayamos suscrito con carácter de irresoluble el contrato de arrendamiento a que haya lugar.

"2.- Los inmuebles objeto del arrendamiento se entregarían a la entidad pública arrendataria completamente acabados, con sus respectivas divisiones y amueblamientos y listos para su utilización conforme a los diseños que, con base en las necesidades de la entidad, hayamos sometido a los respectivos diseños de manera concertada. El arrendamiento incluiría, de la misma manera a cargo de la sociedad arrendadora, las actividades inherentes al mantenimiento de las áreas objeto del arriendo con el fin de evitar el deterioro y que los inmuebles se conserven en óptimas condiciones. En cuanto a la posibilidad planteada por Usted, en el sentido de que en el canon de arrendamiento se incluya de una vez lo correspondiente al consumo de servicios públicos domiciliarios para que estos sean asumidos por la sociedad arrendadora, no obstante no haber descartado tal posibilidad es pertinente aclararle que en el valor del canon a que haré referencia en el numeral 3, no está incluido dicho ítem precisamente por no haber dispuesto aun de criterios que nos permitan acercarnos con algún grado de seguridad a los valores de lo que, de formalizarse el arrendamiento, generarían los respectivos consumos por parte de esa entidad.

"3.- El valor del canon mensual, en esas condiciones, sería el resultante de multiplicar por sesenta y siete mil pesos (\$67.000) la cantidad total y definitiva de los metros cuadrados del área objeto del arrendamiento, valor este que no está incluyendo el impuesto al valor agregado IVA. Si el área arrendada fuera, como Usted lo refirió, de aproximadamente 29.000 metros cuadrados, el canon incluiría el derecho a usar de manera exclusiva 500 puestos individuales de estacionamiento vehicular

en los parqueaderos del complejo inmobiliario.

"De conformidad con lo que hemos venido conversando al respecto el valor del canon se explica de la siguiente manera: el valor del arriendo de las oficinas en obra gris sería, sin incluir el IVA, de cincuenta mil pesos (\$50.000) mensuales por metro cuadrado. Por concepto de acabados, divisiones y amoblamiento el precio se incrementaría en quince mil pesos (\$15.000) mensuales por metro cuadrado para alcanzar los sesenta y cinco mil pesos (\$65.000). El mantenimiento obviamente en la medida en que dicha actividad se entienda hacer parte de las obligaciones del arrendador, ascendería a dos mil pesos (\$2.000) mensuales por cada metro cuadrado, alcanzando así los sesenta y siete mil pesos (\$67.000) mensuales por metro cuadrado, antes de IVA".

"4.- El tiempo mínimo de que tendríamos que disponer para adelantar las actividades de acabados, instalaciones y amoblamiento de las oficinas sería de cuatro meses contados a partir de la fecha de formalización del contrato de arrendamiento y de constitución de la póliza mediante la cual se nos garantice el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la arrendataria ... La entrega de la tenencia de los inmuebles a favor de la entidad arrendataria y el inicio de la causación del canon a favor de la arrendadora se haría en consecuencia, a más tardar a los cuatro meses de formalizado el arrendamiento".²⁴

Por último, Proyectos y Desarrollos anuncia que ha designado al abogado Fernando A. Laserna S., especialista en derecho urbanístico e inmobiliaria, para que la acompañe "... en los procesos de negociación y de formalización de los respectivos acuerdos".

Varios puntos deben ser destacados en esta nueva oferta: a) Tres años de duración "mínima" del arrendamiento. b) Las inversiones en acabados, amueblamientos, etc., únicamente se harían después de que se cuente con los compromisos presupuestales del caso así como de la suscripción del contrato con el carácter de "irresoluble". c) Los inmuebles se le entregarían a la arrendataria listos para su utilización, según sus necesidades y lo que entre ambas partes convengan. d) El arrendamiento incluiría los servicios de mantenimiento de los inmuebles.

²⁴ Cuaderno de Pruebas 5, folios 71 y 72,

e) Indica los conceptos y valores por los cuales se calcularía el monto del canon mensual. f) Plazo de cuatro meses, a más tardar, contados desde la fecha de la suscripción del contrato y del otorgamiento de una póliza de garantía de cumplimiento de las obligaciones a cargo de la arrendataria para la entrega a esta del inmueble debidamente acondicionado. g) Canon a ser pagado a partir de la entrega del inmueble. h) Designación del abogado Fernando A. Laserna como asesor de la arrendadora en la negociación.

6. El 10 de febrero de 2012 la Contraloría remitió a la Procuraduría General de la Nación la *"...copia de la minuta del contrato de arrendamiento que habría de celebrar... sobre que el inmueble ubicado en el Centro Comercial Gran Estación 2 Etapa, por un período de tres años hasta que se construya una nueva sede para esta entidad"*. En el mismo oficio remitido, tras una serie de comentarios relacionados con diferentes alternativas para la ubicación de la Contraloría, se le manifiesta al Procurador que la información dada tiene como propósito que esa entidad *"... pueda ejercer una vigilancia especial respecto de este proceso y proceda a indicarnos si le parece que se trata de una decisión razonable en términos de adecuación de las instalaciones de la Contraloría a las necesidades y derechos de los funcionarios, y por otro lado, si le parece que económicamente el tema ha sido adecuadamente planteado."*²⁵

En la cláusula primera de la minuta se describe el bien que habría de ser objeto del contrato de arrendamiento. La segunda indica la destinación que la arrendataria habría de darle al inmueble. La tercera señala que la duración inicial del contrato sería de tres (3) años contados a partir de la fecha a ser determinada y en la que el arrendador se obliga a entregarle a la arrendataria los inmuebles *"... debidamente terminados, amoblados y listos para comenzar a ser utilizados en las condiciones aquí previstas conforme a los diseños y especificaciones de acabados y mobiliario que previamente las partes han concertado tal como consta en el documento intitulado Anexo 2 que se adjunta a este contrato como parte integrante de él..."*. En la cláusula cuarta se regula lo relativo al canon. En la quinta se prevé el mecanismo para los reajustes del canon.

²⁵ Cuaderno de Pruebas 6, folios 15 y siguientes.

En la sexta se comienza por indicar los criterios tenidos en cuenta para fijar el valor del canon. En su párrafo único se advierte que el monto del arriendo no comprende el valor de los servicios públicos ni de los gastos inherentes a la propiedad horizontal.

En la séptima al reglamentar lo concerniente a la restitución de los inmuebles, *"... incluidos los equipamientos, muebles, enseres y demás derechos comprendidos en el arriendo... se deberá hacer al momento mismo de la terminación del contrato de arrendamiento por cualquier causa, debiendo estar dichos inmuebles, equipamientos, muebles y enseres en el mismo estado en que le fueron entregados a la arrendataria al iniciarse la ejecución del contrato, salvo el deterioro normal por su uso racional..."*. En el párrafo de esta cláusula se le impone a la arrendataria la prohibición de introducir mejoras o modificaciones a los inmuebles, añadiéndose que respecto *"... de aquellos equipamientos, bienes muebles o enseres que durante el desarrollo del contrato por cualquier razón diferente a la culpa del arrendador se destruyeren o se deterioraren y que no puedan ser puestos en funcionamiento con una simple labor de mantenimiento, deberán ser reparados, sustituidos o reemplazados por otros de iguales calidades y características, de manera inmediata por cuenta y a cargo exclusivo de la arrendataria"*.

Las cláusulas octava y novena tratan, por separado, de las obligaciones especiales del arrendador y de la arrendataria. La décima se refiere a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que le competen a cada una de las partes. La décima primera se ocupa del subarriendo y de la cesión del contrato. La décima segunda, de los gastos y servicios. La décima tercera, de la cláusula penal. La décima cuarta contiene la declaración sobre autonomía contractual y condiciones de favorabilidad. La décima quinta deja constancia de las reservas presupuestales para el contrato. Y la décima sexta establece el mecanismo para la solución de conflictos. Como más adelante habrá de verse, lo consignado en esta minuta tiene diferencias importantes con lo que luego se acordara en el Contrato 233.

7. Tres meses después de la oferta citada bajo el numeral 5, o sea el 12 de marzo de 2012 Proyectos y Desarrollos le manifestó a la Contraloría

lo que seguidamente se transcribe:

"Según las necesidades específicas de planta física de la Contraloría General de la República y como consecuencia de las reuniones celebradas con funcionarios de la Gerencia de Gestión Administrativa y Financiera de la entidad, en virtud de la manifestación de interés de arrendamiento del inmueble expresada por usted en su comunicado No 2011EE89863, me permito presentar oferta de arrendamiento de espacios de oficina funcional del inmueble Gran Estación II Centro Comercial P.H., de acuerdo con los siguientes alcances y condiciones:..."²⁶

Como quiera que, según se aprecia, en este documento su autor dice referirse al comunicado número 2011EE89863 de la Contraloría, es del caso poner de presente que tal alusión corresponde a la carta aquí citada bajo el numeral 3, contentiva de una solicitud de oferta y la que dio lugar a la que se menciona bajo el numeral 4, calendada el 30 de noviembre de 2011.

Consignada la anterior puntualización, en esta nueva oferta Proyectos y Desarrollos informa respecto del área disponible de "espacios de oficina funcional" y del número de estacionamientos, para a continuación manifestar lo siguiente en relación con los denominados inmuebles por destinación y por adhesión: se refiere a los bienes que se encuentren instalados en los espacios de oficina funcional. *"Los de adhesión son todos aquellos adheridos a la edificación tales como redes hidráulicas, sanitarias, incendio y eléctricas, redes espaciales (cableado estructurado voz y datos, ventilación y aire acondicionado, seguridad y control, Data Center's) así como aquel mobiliario y dotación de oficinas que se encuentran empotrados en los espacios, tales como divisiones de drywall, divisiones de vidrio, mesones de granito, muebles de madera, fijos, grifería, sanitarios, lámparas, etc. Para este efecto, se hará un minucioso inventario de los mismos y se les aplicará depreciación según las normas contables vigentes.*

"Los de destinación son todos aquellos muebles de oficina tales como escritorios, mesas, estantes, archivadores, sillas, mesas de juntas,

²⁶ Cuaderno de Pruebas 5, folio 115.

tableros, percheros, sofás, puntos ecológicos, canecas, etc. La cantidad y especificaciones de estos últimos fueron diseñados exclusivamente en función de las necesidades de la entidad, por lo tanto quedarán a su disposición a partir del momento de la terminación del contrato de arrendamiento por cualquier causa. Para este efecto, se hará un minucioso inventario de los mismos y se les aplicará depreciación según las normas contables vigentes”.

En esta nueva oferta: a) Se mencionan, discriminándolos, los denominados inmuebles por destinación y por adhesión. b) Se advierte que los de destinación quedarían a la disposición de la arrendataria al momento de la terminación del contrato por haber sido diseñados en función de sus necesidades. c) Igualmente se dice que tanto a estos como a los por adhesión se les aplicaría depreciación con sujeción a las normas contables.

8. En el mes de marzo de 2012, sin que se mencione la fecha precisa, la Contraloría elaboró un documento al que denominó *"Estudios previos y concepto de conveniencia y oportunidad para contratación de arrendamiento de inmueble"*,²⁷ cuyo propósito general fue el de dejar constancia orientada a justificar por qué habría de celebrarse el contrato de arrendamiento con Proyectos y Desarrollos. La circunstancia de que este documento no indique la fecha dentro del mes atrás citado no es óbice para observar que, de todos modos, su elaboración resulta ser posterior al 12 de marzo de 2012, que corresponde a la oferta de Proyectos y Desarrollos y que él equivale a la aceptación de la misma. Pensadas las cosas de otra manera, la oferta de Proyectos y Desarrollos de la que se viene haciendo mención carecería de sentido, con tanta mayor razón cuanto que, como atrás se hizo ver, ella se propuso como respuesta a una solicitud de oferta que la Contraloría le hiciera en nota del 30 de noviembre de 2011, lo que se sustenta en el hecho de estarse refiriendo la oferta al "comunicado número 2011EE89863" el cual, justamente, aparece con esta fecha y cuyo contenido atañe al propósito acabado de mencionar.

En el documento en mención se dice que se examinaron las diferentes

²⁷ Cuaderno de Pruebas 12, folios 336 y siguientes.

alternativas que tuvo la Contraloría para llegar a una nueva sede, Y en tal orden de ideas se afirma que *"[l]a CGR logró mayor acercamiento y negociación con el representante de la alternativa 1, quien dio alcance a su propuesta, respondiendo a las solicitudes y manifestaciones de interés de la entidad; no siendo esto posible con los representantes de las alternativas 2 y 5, quienes no contestaron a los requerimientos que se les hizo durante el proceso de análisis de alternativas"*.

Que *"[n]o se conocieron más referencias acerca de localidad y especificaciones técnicas de los acabados y la dotación de oficinas ofrecidos por la alternativa 5 que permitieran mayor precisión en el análisis comparativo de precios"*.

Que *"[p]or todo lo anterior, se concluyó que la alternativa 1, correspondiente al inmueble GRAN ESTACIÓN CENTRO EMPRESARIAL resulta ser la más favorable para satisfacer la necesidad que tiene la Contraloría General de la República de trasladar y concentrar a todas las dependencias de su nivel central en una sede temporal mientras se realizan las acciones tendientes a la renovación total de sus edificios sedes Centro Regional Colseguros y Cardenal Crisanto Luque"*.

Y que *"[h]abiendo seleccionado la oferta Gran Estación Centro Empresarial como la alternativa de solución locativa más favorable para la entidad, se concretaron más detalles de negociación con el oferente, concertando las condiciones del servicio a contratar acorde a las necesidades de funcionamiento específicas de la CGR"*.

Al describir el objeto a contratar el documento que se cita expresa que se trata de *"[a]rrendamiento de espacios de oficina funcional que hacen parte del inmueble Gran Estación II Centro Comercial PH, incluyendo el uso exclusivo de estacionamientos e inmuebles por adhesión y destinación, servicio de mantenimiento y gastos de administración"*.

Luego, respecto de los inmuebles por adhesión y por destinación "de los que trata el contrato" explica que *"... están referidos a las divisiones, puestos de trabajo, escritorios, archivadores, sillas y en general, todos aquellos bienes que se encuentran instalados en los espacios de oficina funcional. Se establecieron diez (10) años como tiempo para su*

depreciación total".

También se hace alusión al "Detalle servicio de mantenimiento", al "Detalle de gastos de administración", a las "Condiciones de prestación del servicio", al "Valor" y "Disponibilidad presupuestal", a la "Forma de Pago". Y acerca del plazo dice lo siguiente: *"Se estima un plazo de duración del proyecto de aproximadamente dos (2) años y en todo caso, no podrá exceder del seis (6) de agosto de 2014; "por imposibilidad de comprometer apropiaciones presupuestales de vigencias futuras más allá del actual período presidencial, según establece la ley".*

En la sección número 5 denominada "Análisis que soporta el valor estimado del contrato" se afirma que: *"Para la determinación del canon mensual de arrendamiento, se tuvieron en cuenta la estimación de costos y precios de mercado correspondientes a bienes y servicios de características similares que comprenden el alcance de alquiler de espacios de oficina funcional, con inmuebles por adhesión y destinación y servicios de mantenimiento y administración.*

"Como consecuencia del análisis de mercado y en consideración al presupuesto para arrendamiento de bienes inmuebles asignado a la CGR para la vigencia 2012 a 2014: se fijó un valor de canon mensual de ochenta y cuatro mil trescientos sesenta y un pesos (\$84.361) moneda corriente incluido IVA, para las primeras doce mensualidades".

Por fuera de contener razones similares a las consignadas en el documento citado en el numeral 1, orientadas, como se dice, a justificar la escogencia de Proyectos y Desarrollos como arrendador, en este se incluyen nuevos aspectos, como son: a) Alusión a lo que sería el objeto del contrato, o sea, arrendamiento de oficinas funcionales con zonas exclusivas de funcionamiento y servicios de mantenimiento y de administración. b) Mención de los inmuebles por adhesión y por destinación y descripción de estos últimos. c) Advertencia de que el contrato sería por dos años y que, en todo caso, no podría sobrepasar el 6 de agosto de 2014. d) Explicación del valor estimado del contrato.

9. El 23 de marzo de 2012, la Contraloría emitió la Resolución N° 1800, mediante la cual y con fundamento en lo previsto en el artículo 77 del

Decreto 2474 de 2008 (hoy derogado), dispuso *"Declarar la procedencia de la celebración de los contratos con la firma Proyectos y Desarrollos I S. A. en la modalidad de contratación directa, para el arrendamiento funcional de la sede de la Contraloría General de la República y de la Auditoría General de la República"*.

De los distintos *Considerandos* destinados a sustentar la precedente determinación viene al caso destacar en primer lugar el consistente en *"...Que teniendo en cuenta la anterior descripción de la situación actual de la Entidad, se determinó la necesidad imperativa de actualizar, modernizar y optimizar las instalaciones físicas de los tres inmuebles y de mejorar sus condiciones de salud ocupacional, ambiente organizacional y seguridad industrial"*. Se refiere, claro está, a los inmuebles en los cuales la Contraloría venía laborando antes de su traslado a la nueva sede.

Más adelante afirma: *"Que estudiadas las cinco alternativas recibidas de compra y/o arrendamiento de inmuebles y el análisis de costos del mercado, se consideró por parte de los especialistas de la Contraloría que la alternativa correspondiente al arriendo del inmueble de la Gran Estación Centro Empresarial resultaba ser la más favorable para satisfacer la necesidad que tiene la entidad de trasladar y concentrar a todas las dependencias de su nivel central en una sede temporal mientras realiza las acciones tendientes a la renovación total de sus edificios sedes Centro Colseguros y Cardenal Crisanto Luque"*.

Como "obligaciones y condiciones" a ser exigidas al arrendador señala las siguientes:

"1) A más tardar el día primero (1) de agosto de dos mil doce (2012) hacer la entrega de los inmuebles y derechos objeto del arrendamiento a la arrendataria, debiendo haber realizado a más tardar en esa misma fecha, las obras de acabados y haber equipado, instalado divisiones de inmuebles por destinación y por adhesión objeto del arrendamiento de acuerdo con las especificaciones y parámetros de que trata el documento intitulado como 'Diseño de Oficinas Funcionales' que se adjunta al presente contrato como parte integrante de él (sic).

"2) A facilitar la utilización del inmueble y derechos arrendados por la arrendataria durante el término de duración del contrato.

"3) A realizar inspecciones de tipo técnico a los inmuebles y a las instalaciones.

"4) Realizar las actividades de reparación por el deterioro normal de los bienes objeto del arrendamiento y las de mantenimiento necesarias para conservar dichos bienes y las instalaciones en buen estado de funcionamiento.

"5) Advertir a la arrendataria sobre la necesidad de adoptar medidas especiales para salvaguardar la vida y la integridad de las personas así como la salud y la seguridad de ellas..."

La anterior resolución define el objeto del contrato como uno de "arrendamiento de oficina funcional", el que habría de perfeccionarse con Proyectos y Desarrollos. De sus considerandos son destacables estos puntos: a) La necesidad de adecuar y modernizar los edificios propios de la entidad. b) La conveniencia de ajustar el contrato con Proyectos y Desarrollos. c) El contrato debe incluir, a más de otras exigencias al arrendador, la de que debería entregar los inmuebles objeto del arrendamiento a más tardar el 1 de agosto de 2012 con todas las instalaciones listas para el funcionamiento de la entidad.

Confrontado el Contrato 233 con lo que se expresa en los documentos acabados de reseñar y que constituyen los antecedentes del mismo, se aprecia que lo pactado en la cláusula sexta, y de modo más concreto en su parágrafo segundo carece de toda referencia dentro de aquellos.

La cláusula sexta del contrato, en su enunciado general, compuesto por dos numerales, tiene por objeto indicar la base a partir de la cual resulta fijado el valor del canon del arrendamiento (núm. 1), siendo entendido que dicho valor "... por cada metro cuadrado, antes de IVA, comprende el arrendamiento propiamente dicho de las áreas de oficina funcional con todos sus derechos complementarios y accesorios incluido el uso exclusivo sobre los estacionamientos..., el espacio del auditorio..., los inmuebles por adhesión y por destinación, el servicio de mantenimiento

de las oficinas funcionales y de sus inmuebles por destinación y por adhesión... y los gastos de administración de la Propiedad Horizontal”.

Luego de tal enunciado, en el párrafo primero se señala que “*el arriendo no comprende los servicios públicos...*” a ser cubiertos por la arrendataria. Y en el párrafo segundo se establece lo que nuevamente se copia:

“...Párrafo segundo. Se establece contractualmente como tiempo de depreciación total para los inmuebles por destinación y por adhesión que hacen parte del arrendamiento, la cantidad de diez (10) años, depreciación esta que deberá ajustarse a las normas contables vigentes. Igualmente se establece de común acuerdo que a partir de la fecha de la entrega de los inmuebles a la arrendataria, tales inmuebles e instalaciones se irán depreciando de tal manera que su valor comercial pactado inicialmente en la suma que para tal efecto aparezca en el acta de entrega, se disminuirá anualmente por un monto equivalente al diez por ciento (10%) de dicho valor y proporcionalmente por fracción de año. Como quiera que la distribución interna y ubicación de los espacios de trabajo, las divisiones, y en general de los inmuebles por adhesión y por destinación, han sido diseñados, y se dispondrán e instalarán exclusivamente en función de las necesidades de la arrendataria, esta última se reputará dueña y adquirirá por tanto el derecho de disposición plena de tales bienes a partir del momento de la terminación del contrato de arrendamiento por cualquier causa. En este orden de ideas si los inmuebles por naturaleza son restituidos definitivamente a el arrendador antes de transcurridos diez (10) años a partir de la fecha prevista para la entrega a la arrendataria, esta deberá pagar a favor de el arrendador, a título de compensación y previa la formalización de las reservas presupuestales del caso y las normas legales que le aplicaren, una suma igual a la resultante de restarle el valor comercial inicial acabado de expresar, el diez por ciento (10%) de dicho valor por cada año completo del arrendamiento y proporcionalmente por fracción de año. Terminado el arrendamiento la arrendataria deberá retirar las divisiones, puestos de trabajo, escritorios y en general todos los inmuebles por destinación y por adhesión de manera inmediata. Si el contrato termina después de los diez (10) primeros años, no por ello se alterarán, a partir del décimo año, las condiciones que sirvieron de base

para la determinación del canon en la medida en que las divisiones, puestos de trabajo, e inmuebles por destinación y por adhesión siguen siendo de propiedad de el arrendador”.

Ocurre que la oferta de 12 de marzo de 2012 define y relaciona los llamados inmuebles “de adhesión”, para además indicar que “se *hará un minucioso inventario de los mismos y se les aplicará depreciación según las normas contables vigentes*”. A su vez, la oferta define y enuncia los inmuebles “de destinación”, para luego señalar que “*La cantidad y especificaciones de estos últimos fueron diseñados exclusivamente en función de las necesidades de la entidad, por lo tanto quedarán a su disposición a partir del momento de la terminación del contrato de arrendamiento por cualquier causa. Para este efecto – agrega la oferta- se hará minucioso inventario de los mismos y se les aplicará depreciación con sujeción a las normas contables*”.

El examen de este aparte de la oferta de Proyectos y Desarrollos permite colegir lo siguiente, como anteriormente se había observado: i) que tanto los inmuebles por destinación y por adhesión serían objeto de “*depreciación según las normas contables*”, ii) que solo los inmuebles por destinación fueron los “*diseñados*” e instalados en la edificación “*exclusivamente en función de las necesidades de la entidad*”, y iii) que consecuentemente estos y solo estos eran los que quedaban a “disposición” de la arrendataria “a partir del momento de la terminación del contrato de arrendamiento por cualquier causa”, pero sin puntualizar que lo serían por causa de hacerse dueña de ellos.

Sin embargo, con prescindencia de la propuesta contenida en la oferta y en contravía de la misma, con claro desapego de directrices jurisprudenciales y de la fundamentación misma de la Resolución 1800, por virtud de la cual se dio vía libre a la negociación directa, las partes introdujeron en el contrato, concretamente en el parágrafo segundo de la cláusula sexta, disposiciones completamente extrañas no solo a lo que en los documentos previos había sido concebido sino también a la naturaleza misma del arrendamiento. En efecto: a) A la arrendataria, se le atribuye un dominio a la terminación del contrato por cualquier causa, sobre los denominados inmuebles por adhesión y por destinación, atribución que no había sido prevista, pues decir, como consta en la

oferta, que terminado el contrato por cualquier causa quedan a la disposición de la arrendataria (los inmuebles por destinación), no es igual a manifestar que se hace dueña de ellos: la contenida en la oferta es una declaración vaga, susceptible por lo mismo de diversas interpretaciones, y cuya precisión ha debido ser materia de definición previa, si es que de tal cosa se trataba, mas no, tardíamente, en el contrato. b) Como derivación de la que vino a ser exótica atribución de dominio, en el parágrafo se le impone a la arrendataria la obligación de retirar esos bienes cuando el contrato de arrendamiento terminara por cualquier causa. Una cosa es decir, como en la oferta, que aquellos quedan a la disposición de la arrendataria, y otra distinta por completo que se asume la obligación de su retiro inmediato una vez finalice el contrato. c) Sin que en la oferta se hubiese expresado nada al respecto, en el contrato se declara —con las implicaciones ya señaladas— que los inmuebles por adhesión también habían sido diseñados e instalados conforme a las necesidades de la Contraloría, razón por la que se reputaba dueña de los mismos y se le otorgaba el derecho de disposición junto con la obligación de su retiro *“a partir del momento de la terminación del contrato de arrendamiento por cualquier causa”*.

De otro lado, es así mismo en el contrato en donde por primera vez, porque ni la oferta final ni los documentos precedentes dan cuenta de ello, aparece la *“compensación”* como obligación impuesta a la arrendataria para el evento en que el contrato terminara *“antes de transcurridos diez (10) años”*, fijados para efectos de la depreciación.

Entonces, hasta la oferta de 12 de marzo de 2012, la *“depreciación”* de los inmuebles por destinación y por adhesión solo era una constancia con un significado meramente contable para beneficio del arrendador propietario de tales bienes, con el fin de cargar a gastos el costo del activo depreciado para reponerlo o mejorarlo, previa reserva. La contracara de la figura, que es la que viene a comprometer la responsabilidad de la arrendataria solo viene a aflorar, como ya se anotó, en el contrato mismo, cuando en él, a vuelta de acordarse: que la depreciación será por un término *“de diez (10) años”*, contados *“a partir de la fecha de la entrega de los inmuebles a la ARRENDATARIA; de añadir que el valor igualmente acordado para los mismos se “disminuirá anualmente por un monto equivalente al diez por ciento*

(10%)... y proporcionalmente por fracción de año”, y de rematar con que en el caso de que “los inmuebles por naturaleza” fueran “restituidos definitivamente a el ARRENDADOR antes de transcurridos diez (10) años a partir de la fecha prevista para la entrega a la ARRENDATARIA...”, se dispone que “... esta deberá pagar a favor de EL ARRENDADOR, a título de compensación y previa la formalización de las reservas presupuestales del caso y las normas legales que le aplicaren, una suma igual a la resultante de restarle al valor comercial inicial acabado de expresar, el diez por ciento (10%) de dicho valor por cada año completo transcurrido del arrendamiento y proporcionalmente por fracción de año”.

De lo descrito se infiere que todo el régimen jurídico de la depreciación, con incidencia en la esfera patrimonial de la Contraloría, vino a mostrarse con ocasión de la celebración del Contrato 233, porque como quedó visto, ni la oferta definitiva de 12 de marzo de 2012, ni los documentos que la precedieron, ni los que le subsiguieron, como son, de un lado, los llamados *“Estudios previos y concepto de conveniencia y oportunidad para contratación de arrendamiento de inmueble”*, y del otro, la Resolución 1800, dan noticia del mismo, porque como igualmente se observó, la obligación compensatoria de la Contraloría vino a irrumpir —es el término exacto— solo en el propio contrato, a pesar de que todas las constancias probatorias ponen de presente que siempre la Contraloría requirió el arrendamiento de la denominada oficina funcional, que como tal implicaba el amueblamiento y la instalación de una infraestructura que le permitiera desarrollar con eficiencia las funciones que la ley le ha encomendado.

Por fuera de la vaguedad respecto de lo que en la oferta del 12 de marzo se quiso decir cuando se consignó que terminado el contrato los inmuebles por destinación quedaban a disposición de la arrendataria, similar reparo por notable desconocimiento del deber de planeación como garantía de la economía del contrato, en tanto la entidad pública de buenas a primeras se ve sometida a obligaciones que en manera alguna aparecen discutidas, o por lo menos documentalmente mencionadas con antelación, porque ni siquiera el proyecto contractual que se remitió a la Procuraduría para efectos de revisión y control, precisamente en cuanto al aspecto económico, da cuenta de las mismas,

cabe formular respecto de la introducción que se hizo en el contrato de los inmuebles por adhesión con el fin de atribuirle su dominio a la Contraloría e imponerle la obligación de su retiro material cuando el contrato terminara antes de los diez años, previo pago de la compensación, amén de la declaración de que ellos habían sido diseñados e instalados conforme a los requerimientos y necesidades de la Contraloría, que era punto que en la oferta de 12 de marzo solo se declaraba de los muebles destinados al servicio de la entidad.

En el alegato de conclusión la apoderada de Proyectos y Desarrollos quiere justificar el silencio de la oferta sobre esa atribución del dominio de los inmuebles por adhesión, como una consecuencia de un simple error, intrascendente por lo demás, acogiendo de esa manera la explicación que al respecto brindara el testigo Fernando Laserna. El Tribunal, empero, no puede admitir tal modo de tratar el punto, pues la irrelevancia del supuesto yerro la desmiente las graves consecuencias económicas que para la Contraloría se derivan de su intempestiva inclusión en el contrato, pues esa es condición necesaria para que una vez terminado el contrato antes de cumplirse los diez años, la entidad quede obligada a pagar el valor no depreciado y a retirar los correspondientes inmuebles por adhesión. Agréguese a lo anterior, como ya quedó expuesto, que la oferta se limitó a indicar que la depreciación operaría de acuerdo con las normas contables, sin que correlativamente ofreciera algún tipo de vinculación con la figura de la compensación, que, al decir de la parte convocada, representa elemento fundamental en el diseño de la ecuación contractual.

De hecho, tanto en su intervención oral como en el escrito de alegaciones finales, la apoderada de Proyectos y Desarrollos defiende la validez de la cláusula sexta del contrato en tanto que consagra la compensación a favor de la arrendadora, porque esta establece un mecanismo convenido por las partes con el fin de mantener la equivalencia de condiciones (equilibrio económico) del contrato; compensación que tenía lugar únicamente en caso de que el contrato no se prorrogara hasta el término pactado por las partes para la amortización de la inversión realizada por Proyectos y Desarrollos.

Al amparo de las citas doctrinales y jurisprudenciales que expone, así como de la descripción fáctica que a propósito trae a colación, la apoderada de la arrendadora concluye que la cláusula sexta en toda su extensión es válida y tiene asidero legal, pues fue *"en atención al riesgo de que el Contrato no se prorrogase hasta alcanzar los 10 años previstos para la depreciación total de los inmuebles por destinación y por adhesión vía canon de arriendo, que las Partes, con base en lo preceptuado por los artículos 4 (numeral 8), 5 (numeral 1), 23, 27 y 28 de la ley 80 de 1993, y en cumplimiento del deber de planeación a su cargo, acordaron, de forma previa a la suscripción del contrato, la fórmula de compensación que quedó estipulada en la Cláusula Sexta del mismo, como un mecanismo a través del cual se mantendría la igualdad o equivalencia que surgió entre los derechos, las obligaciones y los riesgos que asumieron en virtud de la firma del contrato, específicamente en lo relativo a la recuperación de la inversión que aún no se hubiera depreciado, realizada por P y D por concepto de inmuebles por adhesión y por destinación, atendiendo los requerimientos de la CGR"* (subrayas ajenas al texto).

Dada la prohibición legal para comprometer vigencias futuras, ciertamente que la no prórroga del contrato de arrendamiento por el tiempo de diez años establecidos para la depreciación de los bienes de cuya inversión trata la cláusula sexta, era un riesgo previsible que justificaría la estipulación de cláusulas mediante las cuales se buscara mantener el equilibrio económico entre los derechos y las obligaciones contraídos por las partes, tratándose de un contrato conmutativo de tracto sucesivo, con una duración de dos años, como lo es el arrendamiento del caso.

En ese orden de ideas, como ha quedado analizado, la primera objeción que el Tribunal hace al párrafo segundo de la cláusula sexta del contrato, nada tiene que ver con la naturaleza de la referida estipulación, sino con la forma como la misma emerge en el contrato, porque al contrario de lo expuesto por la apoderada de Proyectos y Desarrollos, esta no se percibe como el fruto de los estudios previos y de las distintas ofertas de Proyectos y Desarrollos, particularmente de la última de ellas, o sea la de 12 de marzo de 2012. Ni aquellos ni estas nada dicen al respecto, como bien quedó demostrado en los párrafos

precedentes, cuando era deber fundamental de ambas partes, para la Contraloría porque de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 3576 de 2009, vigente para entonces, ésta, para determinar la contratación directa con quien a la postre celebró el contrato, sin necesidad de obtener previamente varias ofertas que fueran comparables, estaba obligada a dejar *"constancia escrita en el respectivo expediente de la contratación"*, *"Del análisis"* realizado *"a efectos de establecer las condiciones del mercado"*, lo cual sin duda alguna se entrelaza con el principio de la debida planeación, pues no de otra manera podrán elaborarse *"...con la debida antelación a la apertura del procedimiento...de la firma del contrato"* *"los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia"*, como lo reclama el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, así como los artículos 40 y 41 de la misma ley cuando someten, por regla general, a la forma escrita el régimen de perfeccionamiento del contrato estatal (el artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, autoriza que la *"actividad precontractual y contractual"* pueda *"tener lugar por medios electrónicos"*), y para Proyectos y Desarrollos porque tratándose de la celebración de un contrato de esta clase, ésta igualmente se hallaba sujeta a las condiciones técnicas, jurídicas y económicas que la ley determina para este tipo de actos, lo cual implica la presentación de ofertas claras, adecuadas y suficientes, como elemento necesario para que la entidad pueda cumplir con el deber de evaluar el marco de la futura contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo, como lo exige la ley. En el caso con mucha mayor razón, cuando para Proyectos y Desarrollos, la cláusula en comentario, conforme a los términos en los que aparece estructurada, comportaba un elemento nuclear de la negociación, como lo afirmó el abogado Fernando Laserna al rendir declaración, y en consideración a que la Contraloría cuando el 3 de agosto de 2011 solicitó de la convocada la presentación de *"cotización formal"* le pidió expresamente la formulación de una oferta completa cuando le expresó: *"...por medio de la presente solicitamos oferta formal de 30.500 m2 de oficinas con 470 unidades de parqueaderos para uso exclusivo de la CGR, que cumpla mínimo las características antes descritas y que contemple los siguientes aspectos:*

"1. Información del inmueble ofertado..."

"2. Costos de infraestructura en obra gris.

"3. Costos acabados de la infraestructura (obra blanca).

"4. Costos por dotación de mobiliario (puestos de trabajo y archivos).

"5. Costos de servicio de administración (Aseo, seguridad y mantenimiento).

"6. Plazo de entrega para su ocupación.

"7. Demás condiciones de la oferta".

"Demás condiciones de la oferta", que invitaba a incluir en ella cláusulas como la que aquí es objeto de estudio. Con todo, al dar respuesta a esta invitación Proyectos y Desarrollos el 5 de septiembre de 2011, remitió a la Contraloría oferta sin que en ella se hiciera mención alguna de la "depreciación" de ninguno de los bienes, como tampoco de la obligación de "compensación" del valor que no se alcanzara a depreciar por la terminación del contrato antes de los "diez años" que para entonces tenían en mente las partes como plazo del mismo. Luego aparece otra comunicación de Proyectos y Desarrollos, de 30 de noviembre de 2011, donde por ninguna parte se observa propuesta referida al tema que se examina, pues allí solo se menciona, como antes quedó indicado, el plazo del contrato, que ya es de "tres años"; las inversiones en "acabados" y "amoblamiento", que solo se harían después de que se cuente con los compromisos presupuestales y la suscripción del contrato con carácter "irresoluble"; el canon pactado y algunas otras condiciones concernientes a plazo para la entrega y suscripción de póliza.

Sólo en la última oferta, fechada el 12 de marzo de 2012, o sea, siete meses después de la nota de la Contraloría atrás citada, vino a aludirse a la "depreciación según las normas contables vigentes" como fórmula aplicable tanto a los inmuebles por "adhesión" como a los "de destinación". Mención que, valga decirlo, en frente de lo que poco después se dispusiera en la cláusula sexta del contrato, no puede menos de ser vista como tangencial o inocua, como quiera que de manera correlativa no se propone conexión alguna con el precio del arrendamiento, menos aun con el pago compensatorio, que como bien

ha quedado explicado, únicamente vino a exteriorizarse en toda su extensión jurídica y económica en la propia regulación del contrato. De ahí que para el Tribunal, si los antecedentes del contrato venían orientados en un cierto sentido, y en el clausulado luego acordado esa orientación tuvo un giro complementario de una envergadura a todas luces significativa, no queda duda de que tal parte del contrato, de inocultable importancia para la economía de la relación, introducida a última hora, permaneció al margen de la correspondiente planeación.

Pero en la compensación por el valor faltante por depreciar, incorporada al contrato de manera inopinada, subyacen todavía algunos aspectos que no pueden ser dejados de lado en el análisis de tan trascendental cuestión puesto que, como se verá, realzan el reproche que se le dirige a esa estipulación.

Ocurre, en primer término, que la compensación no se halla en el párrafo segundo de la cláusula sexta ligada de manera directa a la finalización del contrato antes de cumplirse los diez años acordados para la depreciación total. Lo que en el párrafo se lee, una vez que se indica el término para la depreciación total y la forma como esta habría de llevarse a cabo, es lo siguiente: *"... Como quiera que la distribución interna y ubicación de los espacios de trabajo, las divisiones, y en general de los inmuebles por adhesión y por destinación han sido diseñados, y se dispondrán e instalarán exclusivamente en función de las necesidades de la arrendataria, esta última se reputará dueña y adquirirá por tanto el derecho de disposición plena de tales bienes a partir del momento de la terminación del contrato por cualquier causa"*.

Y como derivación de esa atribución de dominio, seguidamente se acordó por las partes: *"... En ese orden de ideas si los inmuebles por naturaleza son restituidos definitivamente a el arrendador antes de transcurridos diez (10) años a partir de la fecha prevista para la entrega a la arrendataria, esta deberá pagar a favor de el arrendador, a título de compensación y previa la formalización de las reservas presupuestales del caso y las normas legales que le aplicaren, una suma igual a la resultante de restarle al valor comercial inicial acabado de expresar, el diez por ciento (10%) de dicho valor por cada año completo transcurrido del arrendamiento y proporcionalmente por fracción de año. Terminado*

el arrendamiento la arrendataria deberá retirar las divisiones, puestos de trabajo, escritorios y en general todos los inmuebles por destinación y por adhesión de manera inmediata...”.

Entonces, lo que el parágrafo establece, apreciado en su tenor literal, es que si el contrato finaliza *“por cualquier causa”* antes de los diez años señalados para la depreciación total, la arrendataria se hace dueña de los inmuebles por adhesión y por destinación, con fundamento en la motivación que en aquel se indica. Y como consecuencia de esa atribución de dominio, la arrendataria debe pagar la compensación que es materia de examen y, además, retirar esos bienes de manera inmediata.

No obstante —y es conveniente denotarlo—, la parte convocada en su alegato separa el examen de la compensación del de la atribución de dominio a la Contraloría sobre los inmuebles por adhesión y por destinación. Vale decir, se ocupa en primer término, como un tema autónomo, de la compensación, y después, en un nuevo aparte, de la atribución de dominio, a la que, naturalmente, también le halla justificación. Es así como las razones que expone en aras de hallarle la razón de ser a la compensación nada tienen que ver con esa adscripción de dominio pues, de hecho, fueron suyas estas consideraciones:

“...[P]ara la fecha de celebración del Contrato, esto es, 29 de marzo de 2012, existía y aún existe, una prohibición de carácter legal de comprometer apropiaciones presupuestales de vigencias futuras que excedieran el periodo presidencial de aquella época (artículo 10 de la Ley 819 de 2013), el cual terminaba el 6 de agosto de 2014, razón por la cual el plazo de duración del Contrato tan sólo podía ir hasta el 6 de agosto de 2014. Empero, siendo legalmente permitido, tema que no ha sido controversial, las Partes consignaron la posibilidad de prorrogar dicho término mediante acuerdo para el efecto, siempre y cuando se adelantaran los trámites y autorizaciones necesarios para dicho propósito, los cuales, se subraya, estaban en cabeza de la CGR, dada su naturaleza de entidad pública”

Para exponer a continuación que *“...fue en razón precisamente de la referida prohibición legal, y en atención al riesgo de que el Contrato no*

se prorrogase hasta alcanzar los 10 años previstos para la depreciación total de los inmuebles por destinación y por adhesión vía canon de arriendo, que las Partes, con base en lo preceptuado por los artículos 4 (numeral 8), 5 (numeral 1), 23, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, y en cumplimiento del deber de planeación a su cargo acordaron, de forma previa a la suscripción del Contrato, la fórmula de compensación que quedó estipulada en la Cláusula Sexta del mismo, como un mecanismo a través del cual se mantendría la igualdad o equivalencia que surgió entre los derechos, las obligaciones y los riesgos que asumieron en virtud de la firma del Contrato, específicamente, en lo relativo a la recuperación de la inversión que aún no se hubiera depreciado, realizada por PYD por concepto de inmuebles por adhesión y por destinación, atendiendo los requerimientos de la CGR”.

De modo que en sentir de la parte demandada la compensación no entronca con la atribución de dominio sobre los inmuebles por adhesión y por destinación, lo que comparte el Tribunal, para el cual, sin embargo, la circunstancia de que la misma, con todas sus implicaciones, no hubiera sido objeto de un estudio previo —los documentos reseñados nada dicen de ella—, se erige en motivo de censura, silencio tanto más elocuente y cuestionable cuanto que dicha compensación habría representado la expresión del equilibrio económico del contrato, lo que hacía tanto más imperioso su examen en la etapa previa del contrato y su constancia en los documentos propios de ese periodo.

Regresando entonces al hecho consistente en que, de todas maneras, la obligación de pagar la compensación a cargo de la arrendataria emergería de la terminación del contrato antes de los diez años previstos para la depreciación total, es de ver que esa terminación, según lo prevé el mismo parágrafo segundo, puede darse “*por cualquier causa*”. Pero la cuestión bien puede circunscribirse a lo que efectivamente sucedió, o sea, al vencimiento del plazo pactado para la duración del contrato. Y al respecto cabe observar que, como se lee en los apartes del alegato de la convocada arriba transcritos, la prórroga del contrato era algo que venía a depender de la Contraloría por ser la llamada a gestionar las autorizaciones necesarios para obtener los soportes presupuestales indispensables para la prórroga, habida cuenta de lo acordado en la cláusula tercera. Allí, en efecto, se dice: “...No

obstante el término de duración pactado y sin perjuicio de los incrementos de canon mensual a que se refiere la cláusula quinta, este contrato se entenderá prorrogado por el máximo término permitido en la ley o por el que específicamente acuerden las partes, siempre y cuando antes de su vencimiento se adelanten los trámites y autorizaciones legales pertinentes y reglamentarias necesarias para la obtención de los soportes presupuestales y vigencias futuras en los términos de ley”.

El punto, sin embargo, ofrece un cierto grado de complejidad pues eran dos los supuestos sobre los cuales podía darse la prórroga, a saber, el acuerdo de las partes y el diligenciamiento de las autorizaciones para la consecución de los soportes presupuestales. ¿Cuál de esos dos supuestos debía darse primero? Obviamente, el acuerdo de las partes sobre el plazo específicamente fijado por ellas o por el máximo que permitiera la ley, ya que únicamente a partir de dicho acuerdo a la Contraloría le era dable adelantar las gestiones destinadas a la obtención de los correspondientes soportes presupuestales. Se quiere decir que no hubiera tenido sentido acometer esas diligencias sin que con antelación se determinara el plazo por el cual el contrato habría de prorrogarse. Y entonces aquí surge una dificultad, la que reside en saber qué ocurriría si las partes no se ponían de acuerdo respecto de la fijación del término para la prórroga. Este punto, bien delicado por cierto, se agrava cuando se observa que, de otro lado, la Contraloría estaría obligada al pago de la compensación si el contrato finalizaba *“por cualquier causa”*.

No es este el escenario adecuado para elaborar una interpretación en torno a tal cuestión, ligada, como se dice, a la compensación pactada en el párrafo segundo de la cláusula sexta. Lo que en cambio se desea poner de relieve es que tal materia y sus implicaciones, al entrar a formar parte del contrato, han debido ser previstas por las partes, sin que exista constancia de que lo hubieran sido.

En segundo lugar, se recuerda que en el tantas veces mencionado párrafo segundo de la cláusula sexta se define que el *“valor comercial”* de los inmuebles por adhesión y por destinación al cual habría de aplicársele la depreciación sería el *“... pactado inicialmente en*

la suma que para tal efecto aparezca en el ACTA DE ENTREGA...". Dicho valor, además, descontado lo que parcialmente hubiere sido depreciado, sería el que serviría de base para determinar el monto de la compensación a ser pagada por la arrendataria si el contrato se extinguía antes de los diez años fijados para la depreciación total.

Pues bien, el contrato se perfeccionó y entró en vigor el 29 de marzo de 2012, fecha en la que las partes lo firmaron. Sin embargo, en esta fecha y por lo que se infiere de lo inmediatamente transcrito, las partes no sabían cuál sería el valor de los denominados inmuebles por adhesión y por destinación objeto de la depreciación y, en su caso, de la compensación a ser pagada por la Contraloría. Ese valor, según lo pactado, tan solo vino a ser conocido el 15 de septiembre de 2012, fecha de las respectivas actas de entrega, así:

(...)

"DEPRECIACIÓN

"Se fija para los inmuebles por destinación y por adhesión un valor comercial de treinta y dos mil novecientos cuarenta y ocho millones setecientos cincuenta y ocho mil setecientos veintiún pesos (\$32.948.758.721 m/cte.) para los efectos de lo previsto en la cláusula sexta del contrato.

"Se precisa que el inmueble objeto de los contratos de arrendamiento se encontraba en obra gris para marzo 29 de 2012, fecha de la firma del contrato No. 233 y que el arrendador lo puso a disposición de la arrendataria para efectos de poder realizar las adecuaciones necesarias y, en consecuencia, disponer de las oficinas funcionales para la arrendataria, pactando el pago de un canon de arrendamiento a partir de julio 15 de 2012, según otrosí de fecha 29 de mayo de 2012".

De tal modo las cosas, es incuestionable que la Contraloría asumió una obligación, que aunque hubiera sido eventual por depender de que el contrato se prorrogase o no, su posible cuantía, a partir del valor acordado para los inmuebles por adhesión y por destinación, no tuvo una evaluación cuidadosa antes de la celebración del contrato. Sin que,

contemplada la situación desde el ángulo de la arrendadora, se pueda decir que tal cuestión era del resorte exclusivo de la arrendataria porque ella, la arrendadora, dentro de los deberes de información y de colaboración que eran de su incumbencia —dado que asumía la condición de ejecutora de las obras respectivas—, tenía que haber ilustrado a la Contraloría, sobre lo que monetariamente implicaba adecuar el inmueble para el propósito buscado por esta. Incluso contando con el hecho de que la Contraloría habría de intervenir en esa adecuación, según se lee en la constancia atrás inserta.

(ii) La atribución de dominio a la arrendataria de los inmuebles por adhesión y por destinación, la obligación de retirarlos y la violación de principios del régimen de la contratación estatal.

Cuando el párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 le atribuye a la arrendataria la propiedad sobre los inmuebles por adhesión y por destinación al momento de la terminación del contrato con apoyo en el hecho de que esos bienes se instalaron y se incorporaron *"...exclusivamente en función de las necesidades de la ARRENDATARIA..."*, introduce en el contrato un elemento accidental que ninguna relación guarda con su objeto porque si bien es cierto que la instalación obedeció a que la Contraloría requería de oficinas funcionales, tal requerimiento debía ser cumplido por medio de un contrato de arrendamiento, como es evidente en los antecedentes de su perfeccionamiento. Esa atribución de dominio es algo por completo diferente a la compensación que la arrendataria, finalizado el contrato, debería pagar de no lograrse por el arrendador la depreciación total ya que ella, en la medida en que también aparece como una estipulación accidental del contrato, choca con la naturaleza propia del arrendamiento en razón de que los bienes destinados y adheridos por el arrendador y cuyo valor fuera desembolsado por éste —a raíz del contrato— buscaban satisfacer la necesidad de la arrendataria. En cambio, el hecho de finalizar el contrato de arrendamiento por vencimiento del término acordado para su duración, no da lugar a que el arrendatario, como una obligación suya derivada de esa finalización, se deba hacer dueño de esos bienes. Bajo este aspecto si aparece, en

consecuencia, un elemento completamente extraño al contrato de arrendamiento.

En el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 tras determinarse que las estipulaciones de los contratos estatales *"...serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley correspondan a su esencia y naturaleza"* y de añadirse en su inciso 2º que las entidades estatales pueden celebrar los contratos *"...que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales"*, se pone de presente en su inciso 3º que: *"En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas y estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración"*.

De conformidad con ese precepto, entonces, las entidades estatales se encuentran autorizadas para incluir en los contratos que celebren, a más de sus elementos esenciales y naturales, aquellas cláusulas que juzguen *"necesarias y convenientes"*, necesidad y conveniencia que las entidades deben apreciar a la luz de lo que el mismo precepto indica, o sea, que no estén en contradicción con el orden constitucional y legal, ni con los principios sentados en la propia ley, ni con los de la *"buena administración"*.

En ese orden de ideas y para lo que al presente caso incumbe habría que preguntarse por la necesidad y conveniencia de esa atribución de dominio a la luz, entre otras cosas, de los principios de la buena administración, inquietud que no cuenta con una respuesta satisfactoria en la medida en que, fenecido el contrato por vencimiento del término pactado para su duración, los bienes cuyo dominio debía radicarse en cabeza de la Contraloría dejarían a su vez de satisfacer la necesidad caracterizadora de la finalidad propia del arrendamiento acordado. Y, por la misma vía, la obligación de retirar esos bienes, como secuela de la terminación del contrato, tampoco se ve como necesaria o conveniente a la luz de lo que debe ser la buena administración.

Por supuesto que una cláusula de esa estirpe pone en entredicho el cumplimiento del principio de economía, en tanto la atribución de

dominio que se ha constatado, sumada a la obligación de entregar el inmueble libre de los llamados "*inmuebles por destinación*" e "*inmuebles por adhesión*", por cuanto deben ser retirados por la arrendataria, refleja un grave déficit en la evaluación de "*La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar*" (artículo 25 ordinal 7º de la ley 80 de 1993), que por contera rompe en contra de la entidad pública la economía del contrato o "*ecuación contractual*", que no es otra cosa, como bien se sabe en los términos del artículo 27 de la misma Ley 80, que la igualdad, equivalencia o equilibrio permanente entre los derechos y obligaciones de una y otra parte al momento de proponer o contratar, no solo por el efecto negativo económico que para el ente estatal genera la separación material de los bienes adheridos y la desvinculación vocacional de los muebles referidos por el inventario incorporado al contrato,²⁸ sino por la distorsión jurídica que sufre el pago de la llamada depreciación al cabo del cumplimiento de los diez años, porque si bien es cierto que éste se justifica como parte integrante del canon en los dos primeros lustros de ejecución del contrato, o como compensación por la inversión del arrendador cuando el contrato termina antes de los diez años, según lo explicó este laudo páginas atrás, lo que también aparece claro es que pasados los diez años y cuando ya ha sido "*amortizado*" el valor de la depreciación, este rubro debía desaparecer porque pierde su razón de ser, pues ya no habría nada por depreciar, ni valor alguno que por este concepto pudiera integrar el precio arrendaticio establecido, así sea como algo subyacente al mismo. De manera que mantenerlo, como lo hace el contrato en la estipulación analizada, sin más implica afectar la ecuación económica del contrato en contra de la Contraloría porque esta queda obligada a pagar un valor que en el contrato fue concebido con otra finalidad. Variación esta que no admite el principio de la ecuación contractual o de la economía del contrato (artículo 27 de la Ley 80), porque como antes se anotó, este exige que a lo largo de toda la vigencia del contrato estatal, se mantenga la igualdad o equivalencia económica entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar.

La conmutatividad del contrato estatal –ha dicho el Consejo de Estado– "*...se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia*

²⁸ Ver Dictamen de Colliers International, Cuaderno de Pruebas 5, folio 378.

proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente de las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato, deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación.”²⁹

Pero, sin duda, que todas estas deficiencias y vicisitudes que ahora se notan en el contrato, se remontan a la ausencia de una verdadera y adecuada planeación del mismo, como lo pone de presente la observación de la oferta final que el 12 de marzo de 2012, Proyectos y Desarrollos formuló a la Contraloría, como bien quedó demostrado en el acápite anterior de este laudo.

Es así como se verifica, según se ha venido diciendo, que es solo en la oferta última de 12 de marzo de 2012, donde se advierte la sorpresiva aparición del punto de la “*depreciación según las normas contables vigentes*” como fórmula aplicable tanto a los inmuebles por “*adhesión*” como a los “*de destinación*”, pero sin que se establezca vínculo alguno con el precio del arrendamiento, y mucho menos se proponga el pago compensatorio, que como bien ha quedado explicado solo viene a plasmarse en toda su extensión jurídica y económica en la regulación establecida en el propio contrato, que es lo que definitivamente lleva al Tribunal a descartar la planeación adecuada de este aspecto tan significativo de la relación.

De la inopinada inclusión que el contrato hizo de los inmuebles por adhesión para imponerle a la Contraloría respecto de ellos la obligación de retirarlos porque también se hacía dueña de los mismos a la terminación del contrato haciendo extensivo a éstos lo que insularmente se había ofrecido respecto de los muebles destinados al servicio de la Contraloría, aflora la señalada falta de planeación porque si la oferta final de la arrendadora, fruto de comunicaciones y tratos que anteriormente tuvieron las partes, constituye “*un proyecto*” del negocio futuro que la entidad estatal debe evaluar seria y responsablemente desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo, ningún entendimiento razonable tiene que el contrato efectivamente celebrado hiciera caso omiso de los

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de junio de 2011, exp. 18836.

presupuestos de la oferta para incluir cláusulas más gravosas u onerosas para la entidad, como lo es la atribución del dominio de los inmuebles por adhesión con la obligación de su retiro o desincorporación material del edificio construido, lo cual como ya se dijo, afecta enormemente el patrimonio público, por la pérdida de valor que necesariamente sufren tales bienes después de su separación, que es el factor que precisamente el Código Civil tiene en cuenta para no imponer siempre la obligación de la separación material de este tipo de bienes (artículos 966 y 968).

Además de lo que anteriormente se expuso sobre el deber de planeación, garantía del principio de economía, como directriz de la contratación estatal, cabe anotar ahora que, este principio, lo consagra la Constitución Política en los artículos 209 y 339, especialmente el primero en cuanto establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe *"ser desarrollada con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad"*, siendo destacable el compromiso del funcionario con la *"buena administración"* de los recursos económicos del Estado, como igualmente lo establece el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que es el contenido esencial del principio de economía.

Planeación, transparencia y economía que en el caso resultan completamente fracturados no solo por lo que ya se expuso sino porque dadas las condiciones y plazos estipulados en el contrato, la entidad pública irremediablemente estaba destinada a sufrir la afectación patrimonial que antes se explicaba, porque si el contrato terminaba antes de los diez años, como al fin ocurrió, debía pagar la compensación por el tiempo faltante y proceder a retirar los inmuebles controvertidos con todas las consecuencias económicas que se han señalado; pero si el contrato terminaba después de los diez años, en nada cambiaban las cosas a favor de la entidad, porque además de haber *"amortizado"* los diez años de depreciación, debía seguir pagando el mismo valor por el tiempo subsiguiente, a título completamente difuso, y luego, al fin del contrato proceder a retirar los inmuebles por destinación y adhesión con las mismas consecuencias económicas de menosprecio. La situación descrita se hace mucho más grave al admitir la interpretación propuesta

por el abogado asesor de Proyectos y Desarrollos, Fernando Laserna, quien afirmó que pasados los diez años los bienes seguirían siendo de propiedad de la arrendadora, porque en ese caso todos los pagos hechos por la arrendataria como costo de depreciación definitivamente serían una pérdida económica injustificable financieramente y mucho más sometida al tamiz de los principios rectores de la buena administración.

Auscultado a fondo el Contrato 233, particularmente el parágrafo segundo objeto de estudio, se advierte que la única forma de superar los desequilibrios económicos que su concepción muestra, sería mediante la adquisición de los inmuebles arrendados por parte de la Contraloría, que al parecer era la intención última que permeó la relación establecida por las partes, como claramente se nota en muchas de las comunicaciones que entre ellas se remitieron, surgiendo así un nuevo reproche que obviamente pone en jaque los principios de transparencia y planeación, porque dados los defectos de la fase precontractual, que es donde primariamente se manifiestan los principios señalados, la consecución del fin último se frustró, como bien lo pone de presente la existencia misma de este proceso.

Ahora, como los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal son normas imperativas, *"de cumplimiento obligatorio"*, como lo anotó el Consejo de Estado en sentencia de 31 de enero de 2011, la consecuencia que emerge de lo analizado es la nulidad absoluta del parágrafo examinado, por objeto ilícito, conforme a lo establecido por los artículos 6 y 1519 del Código Civil, así como por el artículo 899 numeral 1 del Código de Comercio, que son preceptos aplicables al contrato estatal por virtud de lo declarado por el inciso 1 del artículo 44, de la Ley 80 de 1993, descartándose para el caso la aplicación de la causal segunda del mismo artículo 44, porque como repetidamente lo ha sostenido el Consejo de Estado para que esta causal opere se requiere la concurrencia de dos presupuestos: *"Violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita"*, razón por la que concluye que *"no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos de lugar a que*

*se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la ley 80 de 1993.*³⁰

Con relación a la violación de los principios de la contratación estatal, y específicamente del de planeación, ha dicho el Consejo de Estado que las entidades oficiales, *"..están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo de contractual que se escoja; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar.*³¹

³⁰ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, número 15599.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 14287.

Si en torno a esta doctrina del Consejo de Estado acerca de lo imperativo del principio de planeación y de los mínimos contenidos del mismo, la cual recalca en múltiples sentencias, entre otras las de 5 de junio de 2008, 2 de noviembre de 2011, 1 de febrero de 2012, 5 de febrero de 2012 y 24 de abril de 2013, se observa la forma de la celebración del contrato que ha quedado detallada, a las claras se nota que esta no satisface las exigencias mínimas que a modo meramente enunciativo propone el Consejo de Estado, no solo porque los estudios previos no se ocuparon de definir con la suficiente seriedad y plenitud lo concerniente a materias tan relevantes para el caso, como lo eran la atribución del dominio a la Contraloría de los inmuebles por destinación y adhesión, el régimen de depreciación de los mismos y la obligación de la *"compensación"* a cargo de la Contraloría cuando se diera el evento señalado en el contrato, sino porque, como igualmente quedó explicado, para cuando se celebró el contrato los alcances de las prestaciones económicas que gravaban a la entidad, particularmente la relacionada con la obligación condicionada de compensar el valor no depreciado de los inmuebles por adhesión, no se conocía, pues el valor de estos no había sido determinado, por cuanto el contrato mismo establece que el valor comercial de tales inmuebles es el *"pactado inicialmente en la suma que para tal efecto aparezca en el ACTA DE ENTREGA"*, acta que vino a darse meses después, a lo cual contribuye, como también se analizó, la estipulación de un plazo de depreciación de diez años cuando por voluntad de las partes, y por la misma disposición legal, el Contrato 233 no podría tener un término que superara el 6 de agosto de 2014, que era el del vencimiento del período presidencial. Todo lo cual, se reitera, deja en vilo la adecuada planeación del contrato porque algunas de las preguntas que deben ser respondidas en la fase de los estudios previos hacen relación a lo que se necesita contratar, los recursos requeridos y su disponibilidad, pues como también lo ha sostenido la jurisprudencia el principio de planeación está entrelazado con el de *"economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la ley 80 de 1993...porque teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la*

126

propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación.”

32

Corolario de lo expuesto es que el parágrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 es absolutamente nulo, conforme el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por el desconocimiento de normas imperativas señaladas, lo cual constituye objeto ilícito en las causales del derecho común, como antes se había indicado, y a las cuales remite la norma de la Ley 80; “...cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación –dice el Consejo de Estado –, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene el derecho público.”³³

En este segmento del análisis, para claridad de la decisión, el Tribunal pone de presente la disparidad de criterios existente al interior del Consejo de Estado en relación con el alcance invalidante que del contrato o de alguna de sus cláusulas tiene la vulneración del principio de planeación. Sin embargo, la ausencia de un criterio uniforme sobre el punto, no es óbice para que este Tribunal Arbitral llegue a la conclusión anunciada, pues la evaluación del Contrato 233 que se ha dejado expuesta, no solo pone en entredicho el cumplimiento del principio de planeación, sino el de otros más, también explicados, como lo son los de transparencia, en tanto no se verifica constancia documental de muchos de los desarrollos negociales (artículo 24 numeral 3º de la Ley 80), de economía por las plurales lagunas de los estudios previos (artículo 25 numeral 12 *ibídem*) y del equilibrio o ecuación contractual por la onerosidad de las prestaciones económicas asumidas por la Contraloría y el ulterior menoscabo patrimonial que se observa (artículo 27 de la misma Ley), sino porque cualquiera sea la opción que se tenga en cuenta en los diversos criterios de la

³² Sentencia de 24 de abril de 2013.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de abril de 2013, rad. 01743-01.

jurisprudencia, los defectos del contrato encuadran en uno y otro para dar motivo a la nulidad parcial que se ha anunciado, en cuanto el párrafo segundo objeto de estudio contiene estipulaciones ilícitas como *"consecuencia del desconocimiento del principio de planeamiento"*, como lo exige la sentencia del Consejo de Estado de 21 de agosto de 2014, pues lo que ella veda es la anulación del contrato por la mera violación de la planeación sin que esto tenga reflejo en el contenido de sus cláusulas, que no es el caso, porque aquí se trata del descubrimiento de los defectos de ilicitud que acusa la disposición contractual, ella en sí misma, con causa claro está en las deficiencias que se advierten en el proceso de celebración del contrato. Dice así la referida sentencia: *"No necesariamente la violación del principio de planeamiento conduce a la nulidad por objeto ilícito. Lo sería si, luego, al pactar cláusulas estas resultan ilícitas y si dicha ilicitud vendría a ser la consecuencia del desconocimiento del principio de planeamiento. Cosa que no se demostró en el caso de autos"*. (Subraya fuera de texto).

La conclusión de este Tribunal Arbitral también halla respuesta de respaldo en el criterio de la Sección Tercera,³⁴ porque el caso encuadra en una de las hipótesis que el Consejo de Estado identifica como mácula originante de la nulidad del contrato estatal o de alguna de sus cláusulas, concretamente en aquellas situaciones *"...que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad"*, porque como ha quedado explicado, de entrada se sabía que por prohibición legal el contrato solo podía celebrarse por un término que no excediera el 6 de agosto de 2014, que a todas luces no concordaba con el plazo de diez años que se fijó para la depreciación de los inmuebles por destinación y adhesión, y que de entrada casi que aseguraba el acaecimiento de la condición que se estableció para que la Contraloría quedara obligada a pagar el valor de la compensación, o sea el valor comercial de dichos bienes que no se hubiera alcanzado a depreciar, porque lo único cierto para el momento de celebrarse el contrato era que este terminaba legalmente, como en efecto sucedió, al segundo año, pues el plazo subsiguiente de los ocho años era algo aleatorio,

³⁴ Sentencia de 10 de diciembre de 2015, rad. 00012-01.

dependiente de múltiples circunstancias, que empezaban con la superación de las restricciones legales pasando por la propia voluntad de las partes para llegar a un nuevo acuerdo de ampliación del término del contrato sin que existiera factor legal que así lo determinara, salvo claro está el de la fuerza coactiva de la disposición que impone el pago de la compensación.

(iii) La infracción del artículo 2º. de la Ley 1150 de 2007:

Antes de entrar en el análisis que insinúa la titulación, el Tribunal estima del caso dejar sentado que la atribución de dominio a la arrendataria de los inmuebles por adhesión y por destinación, en el supuesto de que el contrato terminara antes de los diez años previstos para la depreciación total y la consiguiente obligación de retirarlos de los inmuebles, es una estipulación ajena por completo al contrato de arrendamiento, pues rebasa el marco que legalmente le corresponde, sin que sea atendible la justificación que en el párrafo se le confiere en el sentido de que "*...la distribución interna y ubicación de los espacios de trabajo, las divisiones, y en general de los inmuebles por adhesión y por destinación, han sido diseñados, y se dispondrán e instalarán exclusivamente en función de las necesidades de la arrendataria...*". No es atendible semejante justificación, se dice, porque esta manifestación no guarda correspondencia con lo que de ella las partes pretenden derivar a continuación, ya que todo lo hecho e incorporado a la edificación lo fue en función, cabalmente, del contrato de arrendamiento, como con toda claridad lo señala el numeral 4 de la cláusula primera y luego la cláusula segunda. De manera que si la transcrita constituyó la finalidad de la distribución, de las obras y de los bienes instalados, no es dable admitir que por razón de esa finalidad la arrendataria también debía hacer suyos los inmuebles por destinación y por adhesión, si el contrato vencía antes de los diez años contemplados para la depreciación total. Algo como esto peca por su inconsistencia: si la finalidad de la instalación de los bienes fue la del arrendamiento, es decir, para un uso y goce derivados de la tenencia del inmueble, allí quedó agotada, y, por lo mismo, es contradictorio estimar que también es motivación adecuada para atribuir el dominio de los bienes a los que se acaba de aludir. Con mayor aproximación, en la medida en que los

elementos accidentales del contrato de los que se habla en el artículo 1501 del Código Civil, sean tales, es decir, no esenciales a su objeto, sí deben guardar concomitancia con el mismo, porque lo accidental no debe confundirse con lo extraño. Y extraño es que el arrendatario de unos bienes resulte convertido en su propietario, no en virtud de un título traslativo de dominio, sino por el mero hecho de que esos bienes fueron puestos, cabalmente, para su uso y goce dentro de un contrato de arrendamiento.

Con esta atribución del dominio como elemento totalmente extraño a la naturaleza del contrato de arrendamiento que sobre un inmueble celebra una entidad estatal, como lo es la Contraloría, así se le dé el tratamiento de un elemento supuestamente accidental, se desborda la autorización que para la contratación directa consagra el artículo 2º lit. i) de la Ley 1150 de 2007, en tanto esta norma, de carácter eminentemente imperativo, *"solamente"* permite esta modalidad de contratación para el *"contrato de arrendamiento...de inmuebles"*, es decir, para que la entidad pública adquiera el uso y goce de un bien inmueble, a título de mera tenencia, por el pago de un precio o canon de arrendamiento. De suerte que cuando se estipulan cláusulas como la examinada, por virtud de la cual se pactan prestaciones u obligaciones que van más allá de las necesarias para obtener el uso y goce del bien arrendado, como aquí ocurre con la que atribuye el dominio de los llamados inmuebles por destinación y por adhesión, previo pago de la compensación, y una vez cumplida la condición de la terminación del contrato, se excede el marco normativo de la autorización, violándose el precepto imperativo antes señalado e incurriendo en la causal de nulidad absoluta por ilicitud del objeto que tiene asidero en los arts. 6º y 1519 del Código Civil en asocio con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que estas son las normas que consagran la violación de la norma imperativa y de *"derecho público"*, como incuestionablemente lo es la norma citada de la Ley 1150 de 2007, como actuación viciada por *"objeto ilícito"* y afectada de nulidad absoluta, en tanto la primera establece que *"...en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa"*, y la segunda cuando declara que *"hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación..."*. Prodigándose así una protección del orden público, y con él al interés general, que al fin de

cuentas es el principio que en últimas tutela la sanción. Desde luego que esta argumentación cobija por igual las diversas violaciones que el Tribunal constató, porque las normas que consagran y reglamentan los principios desconocidos por las partes, también son imperativas y de derecho público, como atrás se había expresado.

6.2. Consecuencias de la declaratoria de nulidad

Afectado, entonces, de objeto ilícito, como ha quedado expuesto, el parágrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233, procede la declaración de nulidad absoluta de dicha estipulación con la consecuencia de la privación de efectos sustanciales; sin que se pueda sostener que los factores anómalos denunciados se extienden a todo el negocio jurídico ni para proclamar que el arrendamiento se convino en consideración a esa particular estipulación.

El artículo 1525 del Código Civil sienta la regla general: *"No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por objeto o causa ilícita a sabiendas"*. Y el artículo 1746 *ejusdem* señala los efectos de la invalidación: *"La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a la partes derecho para ser restituida al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita...En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo"*.

La nulidad del contrato por objeto o causa ilícita, pues, tiene en el ámbito del derecho privado la connotación que las cosas deben dejarse como si no se hubiera celebrado el acto o contrato, sin derecho a que se repita lo dado o pagado, salvo que ocurra el evento de comportamiento o de obrar *a sabiendas*; y la restitución que proceda se

debe hacer en el mismo estado en que se encontraban las cosas si no hubiese existido el contrato (efecto ex tunc).

A su vez, la Ley 80 de 1993 se encargó de imprimir los efectos de la nulidad de los contratos estatales, introduciendo modificación a las reglas civiles de las nulidades, al disponer, en el artículo 48, lo siguiente: *"La nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de su declaratoria... Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público"*. Con esta norma se puede sostener: no hay lugar a devolver las prestaciones ejecutadas en el desarrollo del contrato; por tanto deben ser reconocidas por las partes.

Al fijar los efectos de la nulidad absoluta de los contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento, estableció la Ley 80 de 1993 la imposibilidad de la restitución de las prestaciones ejecutadas en el desarrollo del contrato, sin comprometer el elemento *a sabiendas* que proclama el Código Civil, con el reemplazo de esta circunstancia por el *beneficio* que la entidad estatal pudiese obtener respecto de las prestaciones cumplidas, y *únicamente hasta el monto del beneficio obtenido*. Obsérvese, la simple afirmación del provecho no es suficiente para disponer de los reconocimientos prestacionales sino que, en protección de la entidad estatal, se evidencie la circunstancia del provecho obtenido con la demostración del monto del beneficio.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia 25 de noviembre de 2004, señaló los alcances del artículo 48: *"...Para la Sala, la peculiaridad del texto legal contenido en el artículo 48 de la ley 80 de 1993, no radica -como parece deducirlo la mayor parte de la doctrina nacional y como, prima facie, también podría colegirse de su exposición de motivos- en el desconocimiento de la sanción legal impuesta de antaño a todo negocio jurídico celebrado a sabiendas de que atenta contra el orden jurídico. Semejante lectura, conduciría no sólo a desconocer las bases mismas de nuestra tradición jurídica*

contractual, sino que, de paso, comportaría el dislocamiento del Estado de Derecho al avalar comportamientos arbitrarios y contrarios al derecho, so pretexto de impedir un "enriquecimiento sin causa" a favor de la Administración y en contra del contratista."

"Un viejo apotegma del derecho romano, NEMO AUDITUR SUAM TURPITUDINEM ALLEGANS [38], sirve de fundamento remoto a la regla vigente en derecho privado, y que a fortiori aplica en la contratación pública, como se verá adelante, según la cual nadie puede pretender enriquecimiento alguno derivado del desconocimiento adrede del orden jurídico. Si se quiere, se trata de una sanción drástica a los contratos que contravienen el derecho público."

(...)

(...)

"En las anteriores condiciones, mal podría sostenerse que la cláusula contenida en el segundo inciso del artículo 48 de la ley 80 de 1993 pretende establecer una garantía de impunidad a favor del contratista. Tal interpretación desconocería no sólo el mandato legal sancionatorio y principio de orden general del derecho civil, sino que, además, contravendría claros mandatos constitucionales (arts. 2, 6, 116, 123, 209 y preámbulo, entre otros)."

(...)

"Las consideraciones anteriores en torno de la norma que nos ocupa, a juicio de la Sala, no puede conducir, de ninguna manera, a la "derogatoria" parcial de las leyes civiles que sancionan la celebración de contratos con objeto ilícito "a sabiendas", como tampoco al desconocimiento de la normatividad de derecho público, que privilegia el principio de legalidad contractual como base de la función administrativa contractual."

"¿Cuál es, entonces, la particularidad del artículo 48 de la ley 80? La regla allí prevista se contrae tan sólo a traer una limitación a favor de la Administración, o -si se quiere- en contra del contratista. Si se prueba que la entidad pública se ha beneficiado, el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas se hará "únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiera obtenido". Nótese que,

justamente, por prevalecer el interés general el legislador previó una regla diversa a la que se aplica en derecho privado, donde el reconocimiento no pende de ninguna condición probada: simplemente operan las restituciones recíprocas (1746 C.C.). "

(...)

"En resumen, para la Sala el inciso segundo del artículo 48 de la ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del Código Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas."

Entonces, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del parágrafo segundo de la cláusula sexta del contrato de arrendamiento 233, conforme lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, por objeto ilícito, desaparece del mundo jurídico la estipulación, sin que esto impida el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas adecuadamente por las partes. Y si se aduce que la entidad estatal resulta beneficiada, y únicamente hasta el monto del beneficio, tendrá derecho al respectivo reconocimiento: a Proyectos y Desarrollos la renta mensual de arriendo por el uso de los bienes arrendados durante el término de duración y ejecución del contrato, y a la Contraloría el goce. Con el reconocimiento recíproco prestacional, no es dable entonces ninguna clase de restitución del precio o renta pagado por la entidad arrendataria, ni plantear compromiso económico adicional por el uso de los inmuebles arrendados.

Si se llegare a afirmar que la Contraloría se benefició de los inmuebles denominados por adhesión y por destinación, en cuanto el uso sirvió para satisfacer el interés público de contar con oficinas adecuadas o idóneas para la prestación del servicio de control, habría de tenerse de presente que en el pago del precio mensual de arrendamiento, de la cláusula cuarta del contrato (\$2.515.982.464), estaba incorporado el reconocimiento de esos conceptos. En efecto, al no poderse contar el término de depreciación de diez años, se ha de entender que la renta pagada durante el tiempo en que la Contraloría permaneció con el uso y goce de los inmuebles, incluyendo los denominados por adhesión y por destinación, cubrió la prestación a su cargo como arrendataria.

Del mismo modo, no podrá exigir la Contraloría la devolución de lo pagado por concepto de la depreciación ocurrida durante el tiempo en que mantuvo el uso de los inmuebles arrendados, precisamente porque el canon de arrendamiento se constituyó en la satisfacción de todos los elementos que formaban parte de esa prestación. Y lo que resultaba involucrado por ese concepto quedaba sin efectos como consecuencia de la invalidación, precisamente, del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233.

Si bien es cierto que la declaratoria de nulidad absoluta del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 es oficiosa, no exime, esa circunstancia, de la demostración del monto de cualquier otro beneficio que se alegue percibido por la entidad pública en la ejecución del acto, porque ante la perspectiva de la invalidación demandada por la Contraloría, de parte de lo estipulado en el negocio jurídico, Proyectos y Desarrollos ha debido ocuparse de ese aspecto si pretendía que se le reconociera el monto del supuesto beneficio percibido por la Contraloría por el uso de los denominados inmuebles por adhesión y por destinación, como expresamente exige el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, distinto al derivado del uso y goce de los bienes arrendados. Y con mayor razón cuando en la pretensión 4.2.9 de la demanda de reconvención, Proyectos y Desarrollos pide que *"... en caso de que se declare la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, se declare que la Contraloría General de la República se benefició en un ciento por ciento y durante la totalidad del plazo pactado, de la prestación ejecutada por Proyectos y Desarrollos I S.A., esto es, de la*

inversión realizada por ésta, en atención a los requerimientos y necesidades de la Contraloría General de la República". O sea, que si Proyectos y Desarrollos pretende se reconozcan supuestos beneficios obtenidos por la Contraloría sobre los bienes por adhesión y destinación distintos de su uso y goce, debió ocuparse de la demostración de dicho beneficio. Y se repite, no hay prueba que lo demuestre.

Como afirmó el Consejo de Estado, Sección Tercera, en la sentencia que transcribe la propia sociedad convocada, de 12 de agosto de 2014: "...En resumen, para la sala el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del Código Civil consistente en el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido...Se trata de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo... La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, de impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que en su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto a causa ilícitos a sabiendas."

Por último, cuando el Tribunal trate el estudio y decisión de la demanda de reconvención, propuesta por Proyectos y Desarrollos, volverá a ocuparse del asunto de las restituciones prestacionales pero con vista en las pretensiones propuestas, pues lo dicho en este momento gira en derredor de los efectos de la declaratoria de oficio de la nulidad del parágrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233.

En cuanto a la entrega de los bienes arrendados por parte de la Contraloría a Proyectos y Desarrollos, conforme la cláusula séptima del Contrato 233, la restitución deberá hacerse con ocasión de la terminación del contrato por vencimiento del plazo pactado, sin

abandonar la circunstancia derivada de la declaratoria de nulidad del párrafo segundo de la cláusula sexta del contrato de arrendamiento.

7. EXCEPCIONES DE PROYECTOS Y DESARROLLOS

Frente a las pretensiones de la demanda, Proyectos y Desarrollos I S.A., propuso tres grupos de excepciones, así:

Primer Grupo: *"Excepciones y defensas de PyD respecto de la competencia del Tribunal y la caducidad de la acción"*.

Segundo Grupo: *"Excepciones y defensas de PyD respecto de la validez del contrato, a través de las cuales se enervan las pretensiones principales y subsidiarias de la reforma demanda arbitral de la CGR"*.

Tercer Grupo: *"Excepciones y medios de defensa de PyD en caso de que el Honorable Tribunal declare la nulidad absoluta total o parcial del contrato por objeto ilícito"*

Sea lo primero precisar, en cuanto a las excepciones de incompetencia y de caducidad, que el Tribunal se atiene a lo expuesto en el acápite de la competencia para concluir que se han de denegar por falta de fundamento.

En cuanto a las demás excepciones, como el Tribunal concluye desestimando la pretensión de nulidad absoluta del Contrato 233, por cuanto no se presentaron los factores de ineficacia en los términos denunciados por la Contraloría, entonces no es del caso entrar a decidir las formuladas por la sociedad en la dirección que se declare la validez del contrato frente a la demanda principal.

Proyectos y Desarrollos, propuso particulares *defensas* en el evento de que se declare la nulidad absoluta del contrato frente: *I. A las pretensiones de nulidad del Contrato 233, relacionadas con la conducta mantenida por ella; II. A las pretensiones de nulidad del Contrato 233, relacionadas con el Principio de Planeación a cargo de la Contraloría*

General de la República; *III. A la culpa in contrahendo*, a los principios de la buena fe precontractual y contractual y de *venire contra factum proprium non valet*; y *IV. A las pretensiones económicas de la Contraloría relacionadas con las restituciones mutuas en el evento de nulidad por objeto ilícito.*

La defensa frente a la pretensión de nulidad de la cláusula sexta del contrato de arrendamiento 233 la construye sobre la noción de la autonomía negocial y en consideración al principio del equilibrio económico que el Tribunal desestima por no haber lugar a una declaración en tal sentido.

En derredor de las excepciones y defensas de la cláusula sexta del Contrato 233 formuladas por Proyectos y Desarrollos, si se tiene en cuenta la conclusión y las motivaciones expuestas para deducir la nulidad absoluta del parágrafo segundo de dicha estipulación, procedente resulta decir que no prospera el medio de defensa fundamentado en la validez de la cláusula sexta del contrato en los términos planteados por la sociedad convocada.

Ahora, como ninguna de las pretensiones principales y subsidiarias de la Contraloría tiene éxito, no hay razón para pronunciamiento alguno respecto de las excepciones de mérito que contra ellas propuso Proyectos y Desarrollos.

8. DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

8.1 Posición de la demandante en reconvención

En la mencionada demanda, Proyectos y Desarrollos formuló una multiplicidad de pretensiones, declarativas y de condena, unas y otras con el carácter de principales y subsidiarias, de acuerdo con los escenarios de validez o invalidez de todo el contrato, o de alguna de sus

cláusulas, que el Tribunal habrá de examinar una a una, a partir del orden propuesto por la contrademandante.

8.2. Pretensiones principales declarativas

La pretensión debe tener una justificación objetiva ligada a la causa o el motivo de la misma, o sea que debe existir un interés personal en quien la propone, de tal manera que el sentido de su decisión no le sea neutral, pues con la formulación de la misma se procura un beneficio.

Se parte de esta anotación teórica porque varias de las pretensiones declarativas que propone la contrademandante podrían ser rechazadas por improcedentes, habida cuenta que no merecen ninguna clase de protección jurídica al carecer de interés o grado de objetividad que cuestione o haga incierta la voluntad de la ley, o, en otras palabras, en la verificación judicial de un derecho del demandante que emane de un acto exterior. Sin embargo, el Tribunal procederá al examen de todas las pretensiones dejando de lado la previa acotación.

Del extenso elenco de pretensiones propuestas – declarativas principales, subsidiarias y de condenas – bien pueden distinguirse las que conciernen con la validez y contenido del Contrato 233 y aquellas que versan sobre el incumplimiento del mismo. Acorde con ese planteamiento, procede el Tribunal a su estudio.

En la pretensión 4.1.1 pide Proyectos y Desarrollos se declare que el Contrato 233 de 2012 fue válidamente celebrado con la Contraloría General de la República y las partes tienen la obligación de cumplir con lo estipulado en el mismo. Como quedó definido en líneas pasadas, el Tribunal concluyó, al estudiar la demanda principal de la Contraloría, que el Contrato 233 no adolecía de nulidad, aunque sí evidenciaba anomalía la estipulación contenida en el parágrafo segundo de la cláusula sexta, que es razón suficiente para la negación de la referida pretensión, porque la misma está dirigida a obtener una declaración de “obligación de cumplir con lo estipulado”, bajo el supuesto declarativo de haber sido “válidamente celebrado”.

En las **pretensiones 4.1.2 y 4.1.3**, Proyectos y Desarrollos solicita, respetivamente, se declare que, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el Contrato 233 de 2012 se rige por las estipulaciones contenidas en el mismo, y por las disposiciones comerciales y civiles que le son aplicables, y, a la vez, se declare que dicho contrato, de conformidad con los artículos 2 y 32 de la Ley 80 de 1993, es un contrato estatal que contiene los elementos esenciales del contrato de arrendamiento previsto en el derecho privado.

El Tribunal sostuvo precedentemente que el Contrato 233 es de carácter estatal por la participación de una entidad de las que menciona el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, como lo es la Contraloría General de la República. Por consiguiente, está regido por lo acordado por las partes, lo previsto en la Ley 80 de 1993 y por las normas privadas correspondientes a la reglamentación del contrato de arrendamiento de inmuebles celebrado entre las partes, en tanto contiene los elementos esenciales y naturales de este.

En consonancia con lo anotado, el Tribunal declarará lo impetrado en las **pretensiones 4.1.2., 4.1.3. y 4.1.4.**, pero con la precisión de que de su régimen queda excluido lo pactado en el parágrafo segundo de la cláusula sexta, dada su ineficacia por virtud de la nulidad absoluta que lo afecta y que habrá de ser declarada.

También Proyectos y Desarrollos, pide se declare que, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, las partes celebraron el Contrato 233 de 2012, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad y en orden al cumplimiento de los fines estatales de la Contraloría General de la República (**pretensión 4.1.5**). Pretensión esta que igualmente se reconocerá, pero con exclusión de lo acordado en el parágrafo segundo de la cláusula sexta, en consideración a la nulidad que afecta esta parte del contrato.

En la **pretensión 4.1.6** pide la sociedad convocante en reconvención que se declare que, en desarrollo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, las partes del Contrato 233 de 2012 incluyeron las modalidades, condiciones y, en general, cláusulas o estipulaciones que estimaron

necesarias y convenientes, al considerar que las mismas no eran violatorias de la Constitución, la ley, el orden público y de los principios y finalidades de dicha ley y a los de la buena administración. Esta pretensión será negada por lo que ampliamente se expuso para declarar la nulidad del párrafo varias veces mencionado, porque como quedó visto este contiene estipulaciones violatorias de la constitución, la ley, el orden público y de los principios de la contratación estatal, así como de la buena administración, todo en contravía de lo pretendido como declaración.

En la **pretensión 4.1.7** pide Proyectos y Desarrollos que se declare que la cláusula sexta del Contrato 233 de 2012 es una cláusula accidental y no de la esencia del mismo.

Para el Tribunal resulta evidente que esa declaración alcanzó en las consideraciones expuestas una respuesta afirmativa, pero dejando de lado lo estipulado en el párrafo segundo, porque como quedó explicado, este contiene en su texto un elemento que no es accidental, sino constitutivo de un pacto adicional extraño al arrendamiento, como lo es la atribución del dominio de los inmuebles por destinación y adhesión.

En la **pretensión 4.1.8** Proyectos y Desarrollos solicita se declare que, como consecuencia de lo previsto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el registro presupuestal no constituye un requisito de validez del contrato estatal sino de ejecución. Declaración que resulta procedente habida consideración de lo expuesto por el Tribunal en la parte pertinente de este laudo.

En la **pretensión 4.1.9** de la demanda de reconvención pide que se declare que las partes de manera libre y consciente pactaron que, el Contrato 233 de 2012 tendría un plazo de duración de dos años, el cual fue prorrogado expresamente hasta el 31 de diciembre de 2014, que fue la conclusión a la que antes llegó el Tribunal para desechar la pretensión de la Contraloría que se fincaba en el pacto de un plazo distinto. Por lo tanto, el Tribunal declarará lo que Proyectos y Desarrollos impetra en esta pretensión y en la **4.1.10**, dónde se pide que se declare que el vencimiento del plazo tuvo lugar el 31 de diciembre de 2014.

21

En la **pretensión 4.1.11**, se pide *"que se declare que las partes no pactaron prórroga automática alguna del Contrato No. 233 de 2012."*, que es declaración que debe ser admitida de acuerdo con lo razonado por el Tribunal para negar la pretensión de la Contraloría, dónde expresamente descartó que el contrato contuviera un acuerdo de prórroga automática hasta por 10 años.

En la pretensión 4.1.12, Proyectos y Desarrollos persigue: *"...se declare que en parte alguna del Contrato No. 233 de 2012 se estipuló que éste tendría un plazo de 10 años"*. Como así lo entendió y plasmó en sus consideraciones el Tribunal, en líneas pasadas, entonces en la parte resolutive se vertirá la declaración correspondiente.

En las **pretensiones 4.1.13 y 4.1.14**, Proyectos y Desarrollos pide *"...se declare que el principio del equilibrio económico previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se predica de los contratos estatales en general, tal como lo es el Contrato No. 233 de 2012"*; e igualmente que *"se declare que, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, los artículos 1603, 1497 y 1498 del Código Civil, en el Contrato No. 233 de 2012 se debe mantener la igualdad o equivalencia de las prestaciones surgidas al momento de contratar..."*.

Es incuestionable que el principio del equilibrio económico o de ecuación contractual se predica de toda relación obligatoria de naturaleza estatal, como previene el artículo 27 de la Ley 80 de 1993; por eso, pretender una declaración en tal sentido resultaría inane, por corresponder a una norma legal. Y si lo que se persigue es que con base en esa declaración se haga lo mismo con el Contrato 233, el Tribunal ya advirtió la característica de este negocio por la circunstancia de haber sido celebrado por una entidad estatal que reconoce la citada ley en el artículo 2-b. E idéntica apreciación ha de tenerse sobre el mantenimiento de la igualdad o equivalencia de las prestaciones, como también advierte aquel precepto, siempre que no resulten afectadas de nulidad, como en el caso del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 0233. Por lo tanto, estas dos declaraciones se harán con la acotación de la nulidad advertida en cuanto a la pretensión 4.1.14 se refiere.

En la **pretensión 4.1.15**, Proyectos y Desarrollos aspira se declare que *cumplió el Contrato No. 233 de 2012*. En ningún momento, la entidad arrendataria adujo incumplimiento de los deberes negociales por parte de la sociedad arrendadora. Por el contrario, en el hecho 44 de la demanda de reconvención, expresamente Proyectos y Desarrollos hace la manifestación de la conformidad durante la ejecución del contrato por las partes, solo que endilga desatención con posterioridad a la terminación del plazo pactado. Más aún: en la contestación a la demanda de reconvención, la Contraloría da por cierto el hecho 44 en los siguientes términos: *"El contrato se ejecutó normalmente, sin controversia entre las partes, durante los años 2012, 2013 hasta finales de 2014...Una vez formalizado el Contrato y en la medida que se suscribieron algunos acuerdos modificatorios, la arrendadora cumplió a cabalidad tanto su obligación principal de entregar a favor de la entidad pública los inmuebles objeto del arrendamiento y de procurar su goce en los términos pactados, como todas las demás, incluso accidentales previstas n el acuerdo. Por su parte, la entidad pública arrendataria efectúo el pago, conforme lo pactado, de todos los cánones causados hasta la fecha de terminación, es decir hasta el 31 de enero de 2014"*.

No se aprecia, en el proceso, prueba alguna que infirme la posición de las partes sobre el cumplimiento en el desarrollo del contrato hasta la terminación. Entonces resulta sin discusión que, Proyectos y Desarrollos, cumplió, en los términos que requiere se declare, el Contrato 233 hasta su terminación. Y así se impartirá la declaración en la parte resolutive del laudo.

La pretensión 4.1.16 de la demanda de reconvención plantea se declare que la compensación establecida en la cláusula sexta del Contrato 233, forma parte de la ecuación contractual pactada al momento de contratar, a que se refiere el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y por ende, su pago, en las condiciones pactadas, garantiza el equilibrio económico que se configuró entre los derechos y obligaciones de Proyectos y Desarrollos y la Contraloría General de la República al momento de la celebración del mismo.

Es cierto que un contratista de una entidad estatal tiene derecho a que, en cumplimiento de los fines de interés público, se le compense o indemnice por el incremento de los costos o por la disminución de los beneficios patrimoniales que lo afecte; pero para que ello ocurra se requiere que provengan de riesgos extraordinarios o aleas anormales que sobrevengan durante la ejecución del contrato.

El Tribunal se ocupó de los alcances de la compensación que alega Proyectos y Desarrollos en la esfera de la depreciación como medio contable para asumir los riesgos del contrato por la no prórroga del mismo. Por eso, se ha de tener en cuenta lo ya expuesto sobre el particular en las consideraciones pasadas, para negar esta pretensión en los términos invocados por Proyectos y Desarrollos, pues la compensación y su aspiración de pago, establecidas en la cláusula sexta del Contrato 0233 de 29 de marzo de 2012, caen en el campo de la nulidad del párrafo segundo de la cláusula sexta, que habrá de declararse.

También pide Proyectos y Desarrollos, **en la pretensión 4.1.17**, se declare que la Contraloría General de la República, obrando de manera ilegal y abusiva y vulnerando el principio de la buena fe contractual, condicionó la suscripción de la prórroga del Contrato 233 de 2012 a que Proyectos y Desarrollos aceptara la eliminación de la cláusula sexta, contentiva de la compensación pactada a favor de Proyectos y Desarrollos, con lo cual la Contraloría quebrantó la prohibición contenida en el inciso segundo del numeral tercero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, aplicable, dada su condición de entidad estatal. El Tribunal, no encontró en la Contraloría una conducta abusiva, y tampoco la demandante reconviniendo acreditó el comportamiento abusivo que le imputa a la entidad pública contrademandada, y eso es suficiente para denegar la pretensión.

La pretensión 4.1.18, se encamina a que se declare que el Contrato 233 de 2012 terminó por vencimiento del plazo y no fue prorrogado por las partes. Aunque esta declaración ya se examinó en aparte precedente, el Tribunal ratificará lo concluido porque eso es lo que demuestran las constancias procesales.

En la pretensión 4.1.19, persigue Proyectos y Desarrollos que se declare que la Contraloría General de la República incumplió, entre otras, las obligaciones estipuladas en las cláusulas sexta, séptima y novena del Contrato 233, generando con ello perjuicios a Proyectos y Desarrollos, los cuales deben ser indemnizados por la Contraloría General de la República. Las cláusulas que en la demanda de reconvención se estiman incumplidas son la sexta, séptima y novena, que en su orden corresponden, a la fijación de criterios y parámetros para estipular la renta o precio del arrendamiento; la restitución de la cosa arrendada y el señalamiento de obligaciones especiales de las partes.

La indeterminación de los incumplimientos alegados lleva al traste esta pretensión porque no es dable que se denuncien desatenciones de deberes contractuales sin la especificación de los factores que atentan con la ejecución y desarrollo del negocio jurídico. Además, la nulidad del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 impone la consecuencia de la denegación de la pretensión, porque los alegados incumplimientos, así sean vistos abstractamente, están íntimamente ligados a las estipulaciones del párrafo que habrá de declararse nulo.

Así mismo, **en la pretensión 4.1.20** la sociedad reconviniente solicita se declare que, en razón del incumplimiento de la Contraloría General de la República de lo estipulado en la cláusula sexta del Contrato 233, Proyectos y Desarrollos sufrió perjuicios que deben ser indemnizados por la Contraloría General de la República. Como se ha sostenido, la cláusula sexta en su párrafo segundo está afectada de nulidad absoluta, que no se concilia con la declaración que pretende Proyectos y Desarrollos de que hubo incumplimiento del Contrato 233; esto sería suficiente para denegar esta pretensión; pero lo cierto es que esta pretensión es consecuente con la anterior que, al ser negada, trae consigo su rechazo.

Con **la pretensión 4.1.21**, Proyectos y Desarrollos solicita que se declare, que en razón del incumplimiento de la Contraloría General de la República de lo estipulado en la cláusula séptima del Contrato 233, Proyectos y Desarrollos sufrió perjuicios que deben ser indemnizados

por la Contraloría General de la República. Al respecto el Tribunal consideró que por parte de la Contraloría no hubo incumplimiento del contrato en lo que concierne con la restitución de la cosa arrendada, pues no solo estuvo dispuesta a entregar los bienes arrendados sino que la presencia de un elemento invalidante de una estipulación, la cláusula sexta parágrafo segundo, no le imponía el deber de retirar los bienes por destinación y adhesión, como insistió Proyectos y Desarrollos se hiciera para el cumplimiento satisfactorio de esa obligación. Además, razón suficiente para la negativa, es que esta pretensión se sustenta como consecuencial de la declaración de incumplimiento del contrato que será negada.

Pide Proyectos y Desarrollos **en la pretensión 4.1.22** que se declare que, en virtud de las declaraciones anteriores, la Contraloría General de la República está obligada a mantener y restablecer el equilibrio económico del contrato en los términos de la Ley 80 de 1993, y por ende está obligada a reconocer y pagar a Proyectos y Desarrollos I S.A.: (i) los perjuicios derivados de su incumplimiento contractual, (ii) la cláusula penal prevista en la cláusula décima tercera, (iii) la compensación contenida en la cláusula sexta del Contrato 233; o subsidiariamente, (iv) las sumas tendientes a indemnizar el daño antijurídico causado a Proyectos y Desarrollos, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política. Para la sociedad convocada, la cláusula sexta forma parte de la ecuación contractual surgida al momento de la celebración del negocio jurídico, y el pago que allí se menciona tiene por fin garantizar el equilibrio económico, configurado entre los derechos, obligaciones y riesgos a cargo de las partes en lo que concierne con la compensación. El Tribunal tuvo ocasión de apreciar los alcances de la figura del principio del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos estatales, habiendo descartado su aplicación en derredor del Contrato 233, en los términos planteados por Proyectos y Desarrollos, y en consideración a la nulidad del parágrafo segundo de la cláusula sexta.

Con todo, la pretensión no puede prosperar al ser planteada como consecuencia de las anteriores que se negarán, razón por la que tampoco prospera la subsidiaria de indemnización del daño antijurídico,

sin perjuicio del análisis que posteriormente se hará con ocasión del examen de similar pretensión para el evento de la nulidad parcial del contrato.

La pretensión 4.1.23 proclama se declare que, en virtud de lo pactado en el Contrato 233 de 2012 y como consecuencia de las declaraciones anteriores y con el objeto de que se entienda surtida la restitución de los inmuebles objeto del Contrato 233, la Contraloría General de la República está obligada a retirar, a su riesgo y costo, los inmuebles por adhesión y destinación, y a restituir a Proyectos y Desarrollos los inmuebles objeto del mencionado contrato en las condiciones estipuladas en él. Lo mismo que en las dos pretensiones anteriores, el soporte de esta es que se haga la declaración como consecuencia de las anteriores, siendo esta razón suficiente para la negativa, dada la no prosperidad de las que se proponen como su causa.

En la pretensión 4.1.24 se pide que, dado que a la fecha el Contrato 233 no ha sido liquidado por la Contraloría General de la República, proceda el Tribunal a realizar la respectiva liquidación, teniendo en cuenta, para el efecto, la compensación prevista en la cláusula sexta, así como la cláusula penal estipulada en la cláusula décima tercera del mismo en contra de la Contraloría General de la República. En verdad, procede la liquidación del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, para lo cual se tendrá de presente la declaratoria de nulidad del parágrafo segundo de la cláusula sexta, en lo pertinente a la compensación, y así mismo la exclusión de la cláusula penal porque conforme a lo anteriormente declarado no se deduce incumplimiento contractual de parte de la Contraloría General de la República.

8.3 Pretensiones principales de condena

Reclama Proyectos y Desarrollos **en la pretensión 4.1.25:** *"Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la Contraloría General de la República a reconocerle y pagarle a la sociedad Proyectos y Desarrollos I S.A., debidamente indexada a la fecha de su pago con el IPC, la Cláusula Penal prevista en la Cláusula Décima*

Tercera del Contrato No. 233 de 2012. El reconocimiento y pago de la cláusula penal acordada en el Contrato 233 depende necesariamente de la declaratoria de incumplimiento del mismo, y como se ha sostenido a lo largo de este laudo no procede declaración en ese sentido al no encontrarse los supuestos de incumplimiento alegado por la sociedad reconviniente, razón por la que la pretensión debe negarse.

Se pide en **la pretensión 4.1.26**: *"Que, como consecuencia de todas las anteriores declaraciones y en virtud de haberse terminado el Contrato No. 233 de 2012, se condene a la Contraloría General de la República a reconocerle y pagarle a Proyectos y Desarrollos I S.A., debidamente indexadas a la fecha de su pago con el IPC, las sumas a las que, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso, haya lugar por concepto de la compensación pactada en la Cláusula Sexta del Contrato No. 233 de 2012."* Sin duda, consecuencia de la declaratoria de nulidad del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, es que no procede reconocimiento de suma alguna por concepto de compensación. Por tanto se negará esta pretensión.

En la pretensión 4.1.27 se solicita que, *"en razón de las anteriores declaraciones, se condene a la Contraloría General de la República a retirar en el plazo que ordene el Honorable Tribunal, a su riesgo y costo, los inmuebles por destinación y por adhesión, en cumplimiento de lo estipulado en el Contrato No. 233 de 2012."* La declaratoria de nulidad del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, que era el que le imponía a la Contraloría la obligación de retirar los bienes a los cuales la pretensión hace referencia, determina su fracaso, o sea que la misma será negada.

La pretensión 4.1.28 se formula de la siguiente manera: *"Que, en razón de las anteriores declaraciones, se condene a la Contraloría General de la República a restituir los inmuebles por naturaleza en el plazo que establezca el Honorable Tribunal, previo el retiro de los inmuebles por adhesión y destinación en el plazo que haya ordenado el Honorable Tribunal."* La restitución del objeto del contrato es una consecuencia de la terminación del mismo, a lo cual la Contraloría nunca se ha opuesto. Por lo demás, la declaratoria de nulidad del párrafo

segundo del Contrato 233 es motivo suficiente para negar la pretensión en los términos pedidos, es decir, involucrando en la entrega el retiro de los denominados inmuebles por adhesión y destinación.

En la **pretensión 4.1.29** se pide que *"...se condene a la Contraloría General de la República a pagar a Proyectos y Desarrollos I S.A. el valor equivalente al canon de arrendamiento debidamente indexado a la fecha de su pago con el IPC, durante el plazo que establezca el Honorable Tribunal para el retiro de los inmuebles por adhesión y destinación o subsidiariamente, el valor que ordene el Honorable Tribunal"*. Como es obvio, la nulidad del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 es razón para que no proceda el retiro de los bienes que invoca Proyectos y Desarrollos, de suerte que, como en la pretensión anterior, no es pertinente que, con ocasión a ese hecho, se paguen cánones de arrendamiento. Se negará esta pretensión.

En la **pretensión 4.1.30**, se pide que, *"se condene a la Contraloría General de la República, para mantener y restablecer el equilibrio económico del Contrato No. 233 de 2012 en los términos de la Ley 80 de 1993, a pagar a Proyectos y Desarrollos I S.A. los perjuicios que resulten probados, derivados de su incumplimiento contractual, o subsidiariamente, las sumas tendientes a indemnizar el daño antijurídico causado a PYD, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política"*. El Tribunal ha sostenido que no operó el fenómeno de desatención de los deberes contractuales por parte de la Contraloría, y Proyectos y Desarrollos pretende sea condenada a indemnizar perjuicios por incumplimiento contractual. Entonces, al no proceder una declaración en tal sentido, la pretensión resarcitoria no cuenta con respaldo sustancial para declararse, por tanto será denegada. En cuanto a la pretensión subsidiaria del daño antijurídico, como quiera que aparece también formulada en las pretensiones subsidiarias de condena, respecto de las también pretensiones subsidiarias declarativas, allí el Tribunal se ocupará de ella, a partir del hecho cierto de la nulidad parcial que se declarará.

En la pretensión 4.1.31, Proyectos y Desarrollos pide *"...que se condene a la Contraloría General de la República a pagar a Proyectos y*

*Desarrollos I S.A. los intereses moratorios previstos en la Ley 80 de 1993, artículo 4, que corresponden a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de todas las sumas a las que resulte condenada la Contraloría General de la República, a partir del 6 de enero de 2015, fecha en la cual Proyectos y Desarrollos I S.A. constituyó en mora a la Contraloría General de la República mediante comunicación enviada al Contralor General de la República, Doctor Edgardo Maya Villazón, o desde la fecha que considere el Honorable Tribunal". Y en la **pretensión 4.1.32** "...que, en caso de mora en el pago de las sumas a las cuales resulte condenada la Contraloría General de la República, se condene a esta entidad el pago de intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente sobre dichas sumas, en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo". Las pretensiones principales de condena anteriores, concernientes al pago de intereses legales civiles y moratorios, obedecen a respuesta de las pretensiones principales declarativas y de condenas, que no se han impuesto a la Contraloría General de la República, razón por la que las pretensiones serán negadas, pues no hay obligación dineraria a cargo de la Contraloría que pueda dar lugar a la causación de intereses.*

En la pretension 4.1.33, se solicita, *"Que se condene la Contraloría General de la República a pagar las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho."* El Tribunal más adelante resolverá lo pertinente a las agencias en derecho y a las costas del proceso.

8.4 Pretensiones subsidiarias declarativas

Estas pretensiones se plantean a partir de la siguiente premisa: *"En caso de que el Honorable Tribunal no accediera las pretensiones contenidas en el bloque de pretensiones principales de esta Reforma de la Demanda de Reconvención y el Contrato fuere declarado nulo total o parcialmente por cualquier razón o en cualquier escenario, se solicita al Honorable Tribunal despachar las siguientes pretensiones subsidiarias:"*

En la **pretensión 4.2.1**, se pide: *"Que en caso de que este Honorable Tribunal declare la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, se declare que Proyectos y Desarrollos I S.A. obró de buena fe y ajustó su conducta a dicho principio durante la etapa precontractual y contractual."*

La buena fe es una presunción general de comportamiento honrado, honesto, ético, que desde la Constitución (artículo 83), irradia todo el ordenamiento jurídico, ordenando que los actos de los particulares sean juzgados con base en este principio, sin cualificaciones, y exigiendo para desvirtuarla *"una demostración suficiente de mala fe que aniquile la presunción, pues no puede con pruebas a medias destruirse esta base social de trascendental finalidad"*, como desde siempre lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, a partir de las normas que en el Código Civil consagran la misma presunción (sentencia de 7 de diciembre de 1962, G.J., t.c., pág. 247).

Este principio aparece expresamente contenido en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, como fundamento de la contratación estatal. Por virtud de él, se obliga a la Administración Pública y a los particulares a tener en cuenta lo mínimos éticos que emergen de la confianza recíproca en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales. Este principio de buena fe, que se entronca con lo constitucionalmente establecido, ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, *"como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado"* (Corte Constitucional, C-892 de 2001).

Vista bajo la anterior perspectiva la conducta de Proyectos y Desarrollos, en relación con la contraparte con ocasión del perfeccionamiento del Contrato 233, cabe hacer ver que no obstante las omisiones en que aquella incurrió en el proceso de estructuración del mencionado contrato, que a la postre implicaron su coparticipación en la causa de la nulidad parcial que habrá de declararse, no existe en el

expediente prueba alguna que demuestre el conocimiento pleno (a sabiendas) o que desvirtúe la presunción demostrando móviles fraudulentos o maliciosos constitutivos de mala fe, como lo exige la jurisprudencia de las distintas corporaciones de justicia, cuando advierte que esta presunción general de rectitud solo puede ceder ante la prueba objetiva y fehaciente de factores anormales que la manchen, como los que antes se indicaron, que no son más que hechos inequívocos contrarios a la buena fe.

Empero, en el caso, si bien es cierto que el Tribunal no cuenta con elementos probatorios que permitan imputarle a Proyectos y Desarrollos una conducta de mala fe o comportamiento doloso o animado por la intención de defraudar, que hubiese minado la confianza recíproca que gobernaba la contratación, lo que también es claro es que las omisiones verificadas en torno a la conducta observada en la formación del contrato, ponen de presente que Proyectos y Desarrollos I S.A faltó a la diligencia debida en ese proceso de contratación, como bien quedó explicado en los análisis precedentes. Por lo tanto, el Tribunal accederá a la pretensión subsidiaria declarativa 4.2.1 con la puntualización que ha quedado expuesta.

La pretensión 4.2.2 se enfoca así: *"...que en caso de que este Honorable Tribunal declare la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, se declare que la escogencia del procedimiento de selección era competencia y responsabilidad funcional exclusiva de la Contraloría General de la República". Y la pretensión 4.2.3* *"...que en caso de que este honorable Tribunal declare la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, se declare que Proyectos y Desarrollos I S.A. no intervino en la decisión de adjudicación del Contrato No. 233 de 2012".*

No admite discusión alguna que la escogencia del procedimiento de selección era competencia y responsabilidad funcional, por una parte, exclusiva de la Contraloría General de la República, y por la otra que Proyectos y Desarrollos I S.A. no intervino en la decisión de adjudicación del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, siendo estas razones claras para que lo pretendido en ambas pretensiones se declare.

En la **pretensión 4.2.4**, se solicita: *"Que en caso de que este Honorable Tribunal declare la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, se declare que Proyectos y Desarrollos I S.A. confió legítimamente en que la Contraloría General de la República, dada su calidad de máximo ente fiscal en Colombia, había cumplido con todos los requisitos para la celebración y ejecución del Contrato No. 233 de 2012."* No se puede afirmar que Proyectos y Desarrollos confió en que la Contraloría había cumplido con todos los requisitos para la celebración y ejecución del Contrato 233, porque, como se expuso en las motivaciones de este laudo, hubo falta de diligencia de la demandante en reconvención para identificar todos los supuestos de gestión acorde con las normas de contratación administrativa. En consecuencia se negará.

En la **pretensión 4.2.5** se persigue: *"Que en caso de que este Honorable Tribunal declare la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, se declare que Proyectos y Desarrollos I S.A. confió legítimamente en que la Contraloría General de la República honraría sus compromisos contractuales y con base en ello suscribió el Contrato No. 233 de 2012."* El Tribunal no encuentra razones que sirvan para desvirtuar las afirmaciones de esta pretensión, y así se declarará.

En la **pretensión 4.2.6** se solicita: *"Que en caso de que este Honorable Tribunal declare la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, se declare que durante la ejecución del Contrato No. 233 de 2012 la Contraloría General de la República jamás informó a Proyectos y Desarrollos I S.A. duda alguna en relación con la validez del Contrato No. 233 de 2012 ni respecto de la conducta de Proyectos y Desarrollos I S.A."* Del cuidadoso estudio del proceso, el Tribunal tampoco puede afirmar que existen elementos que permitan sostener lo contrario a la declaración que se invoca en esta pretensión. Por consiguiente, así se declarará.

En la **pretensión 4.2.7** pide Proyectos y Desarrollos: *"Que en caso de que este Honorable Tribunal declare la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, se declare que Proyectos y Desarrollos I S.A. ejecutó integralmente las prestaciones a su cargo durante la totalidad*

del plazo de duración del Contrato No. 233 de 2012 pactado por las partes y con ello satisfizo el interés público funcionalmente a cargo de la Contraloría General de la República, en los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993." Del mismo modo, y así se ha dicho en apartes pasados, Proyectos y Desarrollos ejecutó las prestaciones a su cargo, con la satisfacción del interés público funcional de la Contraloría o por lo menos no hay prueba que demuestre lo contrario. Así se declarará.

En la pretensión 4.2.8 solicita: *"Que en caso de que este Honorable Tribunal declare la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, se declare que Proyectos y Desarrollos I S.A. no dio lugar a la nulidad total o parcial del mencionado contrato."* Para el Tribunal, el comportamiento de ambas partes dio motivo para que ocurriera la invalidez del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233. Motivo este por el cual se negará la pretensión.

Se pide en **la pretensión 4.2.9:** *"Que en caso de que este Honorable Tribunal declare la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, se declare que la Contraloría General de la República se benefició en un ciento por ciento y durante la totalidad del plazo pactado, de la prestación ejecutada por Proyectos y Desarrollos I S.A., esto es, de la inversión realizada por ésta, en atención a los requerimientos y necesidades de la Contraloría General de la República."* Durante la ejecución del Contrato 233 la Contraloría permaneció con el uso y goce del objeto del mismo, sin inconveniente o reproche alguno; y en ese sentido se benefició de todos los componentes del arrendamiento. Así se declarará.

En la Pretensión 4.2.10 pide: *"Que en caso de que este Honorable Tribunal declare la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, se declare que, en virtud de que Proyectos y Desarrollos I S.A. no dio lugar a la nulidad, la Contraloría General de la República tiene la obligación constitucional y legal de reconocer y pagar a Proyectos y Desarrollos I S.A. las prestaciones integralmente ejecutadas en desarrollo del Contrato No. 233 de 2012 y durante el plazo pactado, en los términos del inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993."* La nulidad que se declarará del párrafo segundo de la cláusula sexta

del Contrato 233, como antes se expuso en detalle, se deriva de la conducta que ambas partes desplegaron en su celebración, razón por la cual no prospera la pretensión en tanto está fincada en la exclusiva conducta de la Contraloría. Además, como también quedó explicado, no hay lugar a restituciones conforme al artículo 48 de la Ley 80 de 1993. Por lo tanto se negará la pretensión.

Se persigue en **la pretensión 4.2.11:** *"Que se declare que, dado que Proyectos y Desarrollos I S.A. no dio lugar a la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, la Contraloría General de la República, en desarrollo de las restituciones mutuas, o compensaciones que habrá de ordenar el Honorable Tribunal, debe retirar a su costo los bienes inmuebles por destinación o adhesión."* Las razones tenidas en cuenta por el Tribunal, para declarar la nulidad absoluta del parágrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, son suficientes para a su vez declarar que no proceden las órdenes impetradas en la pretensión. Adicionalmente, las razones dadas para negar la anterior pretensión, concurren como fundamento para la negativa de ésta.

8.5. Pretensiones subsidiarias de condena

Como primer bloque de **pretensión subsidiaria (4.2.12)** se presenta: *"Que, en virtud de las anteriores declaraciones y tratándose de un contrato de tracto sucesivo, se condene a la Contraloría General de la República a pagar a Proyectos y Desarrollos I S.A. la suma de **\$29.721.394.089** debidamente indexada con el IPC al momento de su pago, suma acreditada en el peritaje financiero de parte elaborado por la firma Valor & Estrategia S.A., valor que corresponde a las prestaciones ejecutadas integralmente por Proyectos y Desarrollos I S.A., correspondientes al beneficio obtenido por la Contraloría General de la República durante el plazo total del Contrato No. 233 de 2012, beneficio que le permitió a dicha entidad satisfacer plenamente el interés público funcionalmente a su cargo durante el plazo pactado contractualmente, todo lo anterior con base en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993."*

En subsidio de la anterior, Proyectos y Desarrollos, solicita: "...se condene a la Contraloría General de la República a pagar a Proyectos y Desarrollos I S.A., debidamente indexadas con el IPC al momento de su pago, las sumas correspondientes al **daño antijurídico** que ha tenido que soportar Proyectos y Desarrollos I S.A. como consecuencia de la nulidad total o parcial del Contrato No. 233 de 2012, de conformidad con lo que resulte probado en el proceso".

Teniendo en cuenta el orden lógico de la propuesta, el Tribunal procede a examinar ambas pretensiones:

La parte convocada y demandante en reconvención manifiesta que la declaración de nulidad, sea del contrato en su totalidad o de su cláusula sexta en particular, a instancias de la Contraloría, le acarrea unos perjuicios a cuya indemnización esta se encuentra obligada por haber sido quien dio lugar a la misma.

Tal pretensión, abstractamente considerada, es decir, sin descender al examen de los hechos que la sustentarian, comporta para el Tribunal, de entrada, una doble tarea, a saber: Dilucidar si a raíz de la declaratoria de nulidad total o parcial de una relación contractual es jurídicamente admisible la reclamación de perjuicios y definir si el Tribunal tiene competencia para ocuparse de la que en la especie de esta litis introdujera la demandada y demandante en reconvención. Punto, este último, que fue objeto de examen en el aparte correspondiente a la competencia.

Declarada judicialmente la nulidad, dice el artículo 1746 del Código Civil, las partes tienen derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo dispuesto sobre el objeto y la causa ilícitos. Es esa la razón que viene a explicar las restituciones mutuas contempladas en el inciso 2 del mismo precepto: Las restituciones proceden en virtud del carácter retroactivo que, de manera general, le corresponde a la declaratoria de nulidad. Carácter retroactivo que el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, atempera o modula en relación con los contratos estatales, cuando concurren los supuestos en él previstos.

Ahora bien, para responder la primera de las cuestiones arriba planteadas, es indispensable comenzar por señalar que la ley, de un modo general, guarda silencio al respecto puesto que, como se dice, de lo único que se ocupa de manera puntual es de establecer y regular los efectos provenientes de la condición retroactiva legalmente determinada para la declaración de nulidad. Bien entendido que la regulación a la que se alude no es de naturaleza restrictiva o excluyente en el sentido de que por fuera o más allá de las restituciones mutuas –cuando ellas proceden en la medida en que no se esté en frente de una de las excepciones que, por uno u otro motivo, se le introducen al mencionado efecto–, no cabe considerar ninguna otra cuestión como derivada de la nulidad declarada. El silencio de la ley no puede, pues, ser tomado como prohibitivo. Y mal lo podría ser en la medida en que se refiere solo a una de las características propias de la nulidad declarada, la de ser retroactiva.

Porque al lado de la anotada característica, la nulidad ofrece otra, que consiste en hacer desaparecer del mundo jurídico el acto o contrato materia del correspondiente pronunciamiento judicial. Siendo aquí, en esta desaparición, y no en la retroactividad, en donde corresponde situar la cuestión propuesta, pues desaparecido el negocio nulo, ha sido dicho con acierto, lo que queda es el hecho ilícito. Por tanto, las restituciones mutuas, secuela de la retroactividad de la nulidad, no interfieren con que se pueda abordar el estudio del aspecto relativo a los perjuicios que las partes o una de ellas lleguen a padecer como consecuencia de que el negocio nulo no continúe generando los efectos que, de otro modo, estaría llamado a producir. Observa el Tribunal que la parte convocante y demandada en reconvención, con el apoyo de citas jurisprudenciales y doctrinales, argumenta que de una declaratoria de nulidad nada más se puede seguir, en particular lo concerniente a una eventual indemnización de perjuicios puesto que la ilicitud negocial no puede ser fuente más que de la nulidad, sin que sea " *'... motivo suficiente para que el ofendido accione en reclamo indemnizatorio dado que, reitérase la idea, la ley, por este concepto, estima la nulidad como sanción bastante para el transgresor'* "35

³⁵ Cuaderno Principal 4, folio 180, escrito de alegatos de la Contraloría. Cita de Fernando

Ciertamente la nulidad puede ser sanción bastante para el transgresor que ha dado lugar a ella. Pero este es un principio que no excluye, en su aplicación, las circunstancias propias del caso concreto, como adelante habrá de verse.

En ese orden de ideas, no pierde de vista el Tribunal que existen previsiones constitucionales y legales, como las de los artículo 90 de la Constitución Política y 2341 del Código Civil, que imponen la obligación de reparar el daño cuando es desconocido el principio de no causárselo a nadie, que es el fundamento esencial de una y otra disposición, como lo ha predicado el Consejo de Estado, cuando al ocuparse del examen del daño causado como consecuencia de la culpa in contrahendo, que es la que viene al presente caso, afirma que la responsabilidad que de esta se deriva, halla su basamento *"en el principio del neminem laedere, es decir, de no dañar a nadie, cuyo eje central reside en el iusnaturalismo, de manera concreta en el imperativo categórico Kantiano, de conformidad con el cual: obra de tal manera que tu deseo sea el que tu acción se convierta en ley universal, ya que sobre este postulado de fuerza monumental descansaría la idea de la responsabilidad, no solo moral, sino en cualquier faceta que derive de la actuación del ser humano."*³⁶

Allí, entonces, en esas dos normas, entendidas en el sentido anotado se halla el soporte normativo para el examen de la indemnización pretendida por Proyectos y Desarrollos. El artículo 2341 del Código Civil, que, aunque antecedente del mismo, incardina en el artículo 90 de la Constitución Política, porque como lo han sostenido uniformemente las jurisprudencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, esta norma *"consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no solo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-*

Hinestrosa.

³⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 12 de junio de 2014.

administrativa precontractual), así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual."³⁷

El artículo 90 cubre por igual, dicen las mismas Corporaciones, tanto la "responsabilidad estatal-contractual, precontractual y extracontractual", todo comprendido "bajo el concepto de daño antijurídico", que según la definición del mismo Consejo de Estado y de la Corte Constitucional es "el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo".

Daño antijurídico que debe ser indemnizado cuando el mismo surge como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas, que comporta el incumplimiento de obligaciones o deberes de la Administración, es decir, que el daño sea fácticamente imputable al Estado, o sea que no derive de una circunstancia constitutiva de fuerza mayor o pueda ser atribuido a la conducta exclusiva de la víctima, o a su actuación parcial, pero con dolo o mala fe, porque como lo ha explicado el Consejo de Estado, "...no es admisible que el demandante pueda alegar en su provecho el acto ilícito del cual fue partícipe, para obtener el reconocimiento de la indemnización de perjuicios causados por su propio proceder irregular." ³⁸ Indemnización que en el caso se abre paso como consecuencia de la nulidad del parágrafo contractual tantas veces identificado, y una vez descartado el mecanismo de las restituciones mutuas como secuela de la retroactividad de la nulidad, mucho más cuando se trata de reparar un perjuicio que se sustrae a los títulos formales y normales de imputación jurídica como son la falla del servicio, el daño especial o el riesgo excepcional, pues aquí, como múltiples veces se ha dicho, la nulidad de la cláusula del contrato está determinada por la vulneración de los principios de legalidad, planeación, economía, y los demás señalados a lo largo de las consideraciones, además de la infracción del artículo 2º. de la Ley 1150 de 2007.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996 y Consejo de Estado, sentencia de 12 de junio de 2014.

³⁸ Sentencia de 29 de agosto de 2007, rad. 15234.

El Tribunal, al abordar el tema concerniente a las restituciones mutuas, concluyó que en este caso no había lugar a la aplicación del artículo 48 de la Ley 80, pues el beneficio obtenido por la Contraloría, identificado en el uso y goce de la cosa arrendada —de la cual hacían parte los inmuebles por destinación y por adhesión—, se sitúa dentro de la esfera propia de las prestaciones que corresponden al contrato celebrado. Además, al haber sido ejecutadas durante todo el tiempo que durara el contrato, no es posible que la retroactividad inherente a la nulidad obre sobre ellas.

Parejamente, anunció que al estudiar las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvención habría de ocuparse de la inversión hecha por Proyectos y Desarrollos en los inmuebles por adhesión y por destinación, lo cual lleva, previa negación de la pretensión subsidiaria de condena 4.2.12, como consecuencia del fracaso de la pretensión subsidiaria declarativa 4.2.10 porque la nulidad que se declara deviene de la conducta observada por ambas partes, a que el Tribunal entre a definir la procedencia de la pretensión subsidiaria autónoma de condena a la también pretensión subsidiaria de condena 4.2.12, cuyo enunciado dice: *"que se condene a la Contraloría General de la República a pagar a Proyectos y Desarrollos I S.A., debidamente indexadas por el IPC al momento de su pago, las sumas correspondientes al daño antijurídico que ha tenido que soportar Proyectos y Desarrollos I S.A. como consecuencia de la nulidad total o parcial del Contrato N° 233 de 2012, de conformidad con lo que resulte probado en el proceso."*

En ese orden de ideas y de conformidad con lo que consta en la propia demanda de reconvención y con lo que demuestran las pruebas allegadas al proceso, es claro que Proyectos y Desarrollos para adquirir e instalar los inmuebles por adhesión y por destinación realizó una inversión superior a los \$32'000.000.000 en la edificación arrendada a la Contraloría, aspecto sobre el cual, además, ningún debate se suscitó dentro del proceso.

Para los efectos de su eventual reconocimiento dentro del proceso, es oportuno reiterar que la inversión corresponde a la adquisición e instalación de los mencionados bienes en la edificación objeto del Contrato de Arrendamiento.

Como al decir de la demanda de reconvención, no fue Proyectos y Desarrollos quien diera lugar a la nulidad, la Contraloría "... *tiene la obligación constitucional y legal de reconocer y pagar a Proyectos y Desarrollos I S. A. las prestaciones integralmente ejecutadas en desarrollo del Contrato 233 de 2012 y durante el plazo pactado, en los términos del inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993*" (pretensión subsidiaria 4.2.10), o sea, como consecuencia de la nulidad que se llegare a declarar. De ahí que, como pretensión subsidiaria de condena, se solicitara la de ordenarle a la Contraloría el pago de \$29.721.394.089 "*debidamente indexada al momento de su pago... valor que corresponde a las prestaciones ejecutadas... por Proyectos y Desarrollos en beneficio de la Contraloría, durante el plazo del Contrato 233 de 2012, con base en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993*" (pretensión subsidiaria de condena 4.2.12). Y, en subsidio de la anterior, de manera autónoma, se deprecó la condena a la Contraloría, por las sumas debidamente indexadas "... *correspondientes al daño antijurídico que ha tenido que soportar Proyectos y Desarrollos I S. A. como consecuencia de la nulidad total o parcial del contrato No. 233 de 2012, de conformidad con lo que resulte probado en el proceso*".

Aprecia el Tribunal que, según ya lo señalara cuando examinó lo concerniente a la nulidad del parágrafo segundo de la cláusula sexta del contrato, que no fue solo el comportamiento de la Contraloría el que produjera la mencionada invalidez parcial, sino que de igual manera lo fue el de la propia arrendadora. A quien por cierto no le bastaba con argumentar que confió legítimamente en que la Contraloría, como máxima entidad del control fiscal, había satisfecho todas las exigencias previstas en el ordenamiento para el perfeccionamiento del contrato para, de ese modo, quedar libre de reproches, pues lo innegable es que al lado de esa confianza, cabalmente por la diligencia que ha debido desplegar en razón del mismo principio de buena fe, también tenía cargas que satisfacer, bien fuera para que el contrato quedara luego purgado de vicios, o bien para que, dado el caso, toda la responsabilidad por razón de la declaratoria de nulidad y de sus consecuencias, se radicara exclusivamente en cabeza de la Contraloría. Pero, como se expresa, no fue ese el giro que tuvieron tanto los hechos previos al contrato, como los que emergieron a raíz de su celebración.

161

Con mayor aproximación, la nulidad que afecta el párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, deviene tanto de la vulneración de principios rectores de la contratación estatal, como lo son el de economía, transparencia, planificación y equilibrio contractual o ecuación económica del contrato, como de la infracción de la norma imperativa que consagra el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, cuando autoriza la contratación directa *"solamente"* para los casos que el ordinal 4 enumera, entre los cuales el literal i) indica *"El arrendamiento...de inmuebles"*. Puntualización a la que en el contrato objeto de evaluación es ajena la disposición del párrafo segundo de la cláusula sexta, obra de ambas partes y no solo de una de ellas, como quiera que contiene un pacto adicional, extraño al contrato de arrendamiento, por virtud del cual se atribuye a la arrendataria el dominio de bienes arrendados en los términos que la estipulación declara.

Adicionalmente y como de igual manera fuera explicado, los hechos que generan el motivo de nulidad (objeto ilícito), tuvieron origen en la conducta de ambas partes, porque si bien es cierto que la planeación es un deber de la entidad contratante, porque en esos términos lo establece la ley, también lo es el deber de colaboración que se le impone al contratista (artículo 5º núm. 2 de la Ley 80 de 1993). Deberes que en el caso fueron olvidados por una y otra parte, como se nota, por ejemplo, cuando estas, en contravía de la oferta que el 12 de marzo presentó Proyectos y Desarrollos I S.A. y de la Resolución 1800 de la Contraloría, por la cual se dio vía libre a la contratación directa, en el contrato, concretamente en el párrafo que se anula, por fuera de introducir elementos ajenos a la naturaleza y esencia del contrato de arrendamiento, como lo es la atribución del dominio, incorporan otros, completamente novedosos frente a lo que había sido publicado, estudiado y discutido en la fase de estructuración del contrato, tal como ocurre con la compensación como obligación económica a cargo de la Contraloría, así como con el régimen de depreciación con efectos patrimoniales para la arrendataria, y con la estipulación que pone de presente que los inmuebles por adhesión también habían sido diseñados e instalados conforme a las necesidades de la Contraloría, razón por la que esta venía a reputarse su dueña, con la consiguiente obligación de retirarlos en caso de que se cumpliera la condición contractual de la no

prórroga del contrato antes de los diez años contemplados para la depreciación total.

Tales novedades en el contrato, como igualmente se dijo, no hallan explicación distinta a la de las omisiones y falta de diligencia en que incurriera tanto la Contraloría como Proyectos y Desarrollos, conforme atrás se puso de presente cuando se aludió a la solicitud que el 3 de agosto de 2011 hizo la Contraloría a la Convocada para que presentara "*cotización formal*" y la respuesta de oferta que el 5 de septiembre siguiente, Proyectos y Desarrollos I S.A., remitió a la Contraloría, pues en ella no consta ninguna de las condiciones que luego afloran en el contrato. Es más, Proyectos y Desarrollos tampoco dijo nada en la comunicación del 30 de noviembre, y únicamente en la oferta del 12 de marzo vino a hacer mención de la "*depreciación según las normas contables vigentes*", como fórmula aplicable a los inmuebles por adhesión y a los por destinación, más sin que prospectara ninguna correlación con el precio del arrendamiento y mucho menos con la compensación, surgida únicamente en el texto contractual.

Es claro que esos defectos de las propuestas de Proyectos y Desarrollos, defectos que vinieron a incidir en los vicios internos del contrato, no tienen justificación ni atenuación y solo se explican por la conducta omisiva y poco diligente del contratista, quien no se detuvo a elevar ofertas claras y completas, conforme lo había requerido la Contraloría, cuando en el número 7 de la solicitud de cotización formal, pedía del oferente, además de las condiciones expresadas en los numerales precedentes, las "*Demás condiciones de la oferta*". Condiciones dentro de las cuales, sin duda, debían estar las tocantes con las estipulaciones que, sin anuncio previo, aparecieron luego en el clausulado contractual.

A lo anterior se le debe sumar, como a ojos vistas brota de su propio entramado, que cuando el contrato se perfeccionó y entró en vigor el 29 de marzo de 2012, las partes ignoraban lo que habría de costar la instalación de los denominados inmuebles por adhesión y por destinación, y, por tanto, el monto de lo que se habría de depreciar o, en su caso, de ser compensado. Dicho valor, de cuantía altamente considerable, solo vino a ser contractualmente definido el 15 de septiembre de 2012, fecha de las actas de entrega. Semejante manera

de contratar denota, por un lado, la falta de planeación de parte de la Contraloría, y, por el otro, el incumplimiento ostensible de los deberes de colaboración e información de la arrendadora, quien como ejecutora de las obras respectivas e inversionista, ha debido hacer gala de la máxima diligencia presentándole a la Contraloría, debidamente sustentado, el presupuesto de los costos de la adecuación del inmueble, con miras a que, con apoyo en el mismo, se estudiase la viabilidad o inviabilidad del contrato. Porque choca frontalmente con los principios que gobiernan la contratación estatal que la Contraloría se hubiese comprometido en el contrato, así hubiese sido de manera condicional, al pago de una compensación cuya cuantía inicial le era desconocida al tiempo de su perfeccionamiento, aspecto este que también era de la incumbencia del arrendador, con tanta mayor razón cuanto que de por medio se hallaba la adecuación del inmueble a ser asumida por él.

Puestas las cosas en esos términos, el Tribunal es consciente de que la nulidad del párrafo segundo de la cláusula sexta del contrato, determina para Proyectos y Desarrollos una afectación patrimonial por cuanto pierde el instrumento contractual que las partes concibieron para que la arrendadora recuperara la inversión económica realizada en los bienes inmuebles por destinación y por adhesión requeridos para adecuar el inmueble a las necesidades de la arrendataria, con el fin de que esta pudiera cumplir cabal y eficientemente las misiones y fines que la Constitución y la ley le encomiendan.

Esa afectación patrimonial sufrida por la arrendadora constituye, pues, un perjuicio para ella. El punto, entonces, estriba en elucidar si puede ser indemnizado. Y en qué medida, de llegar a serlo.

Para que proceda la indemnización de perjuicios por razón de la declaración de nulidad de un contrato es indispensable que quien los reclama no haya dado lugar a ella. Esa es la regla general en el punto y con el propósito de despejar si acá debe ser aplicada a rajatabla, o si, por el contrario, es admisible una solución diversa, el Tribunal aprecia que en la cuestión entran en juego los siguientes aspectos: que se trata de una nulidad que afecta parcialmente a un contrato estatal; que la arrendadora llevó a cabo una adecuación del inmueble para satisfacer las necesidades de la arrendataria; que aun cuando ambas partes

hubiesen dado lugar, por acción u omisión, a la nulidad parcial que habrá de declararse, lo inmediatamente observado da pie para decir que no debería ser la arrendadora quien soporte la totalidad de la pérdida por causa de la habilitación del inmueble, toda vez que algo en este sentido equivaldría a concluir, ni más ni menos, que fue la única responsable de la nulidad, lo que es contrario a toda evidencia. Por lo que el enfoque correcto no puede menos de implicar las particularidades propias del caso.

Con mayor aproximación, la regla según la cual se encuentra legitimado para reclamar perjuicios por causa de la nulidad declarada aquel de los contratantes que no haya dado lugar a ella, bien puede ser tenida como una derivación del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, por cuya virtud, bien se sabe, a nadie le es lícito beneficiarse de su propia culpa. No obstante, en el caso materia de juzgamiento el *quid* del problema no reside propiamente en que Proyectos y Desarrollos se ha de beneficiar de su propia culpa, sino en el hecho de que el perjuicio que padeciera también le es achacable al comportamiento de la Contraloría, ambos obligados en el mismo grado de diligencia (artículo 1604 Código Civil). Sin que sea dable pensar en que las culpas de una y otra parte puedan ser compensadas porque, es diáfano, los que se compensarían serían los perjuicios recíprocamente padecidos y es palmar que la Contraloría, sin embargo de su comportamiento culposos, no padeció ninguno. De ahí que la solución del caso pase por hacer obrar el artículo 2357 del Código Civil, como seguidamente se verá.

Ahora bien, concatenados los aspectos arriba indicados, se encuentra que su común denominador no es otro que el de la ilicitud que subyace en la nulidad y que queda a la vista una vez declarada aquella. Esa caracterización, por su parte, es la que lleva a puntualizar que la cuestión propuesta en los términos descritos, viene a ser regulada legalmente, de un lado, por el artículo 90 de la Constitución Política, y del otro, por el artículo 2357 del Código Civil en asocio con el artículo 2341 del mismo estatuto. Por el primero, porque siendo el soporte de la responsabilidad estatal, se debe hacer obrar en lo atañadero a la Contraloría en la medida en que, conforme a lo analizado con anterioridad, contribuyó a la nulidad ya singularizada y, desde esa perspectiva, a que se diera la pérdida padecida por la arrendadora, por

lo que, con arreglo al grado de su participación en el ilícito y dependiendo de la misma, ha de asumir la obligación de indemnizarla. Y de otro lado, corresponde aplicar el artículo 2357 del Código Civil, pues es con fundamento en él que se ha de reducir el monto de la indemnización a que Proyectos y Desarrollos tendría derecho de no haber sido el suyo también un comportamiento generador de la nulidad.

Estas falencias concretas sopesadas a la luz del artículo 2357 del Código Civil, acarrearán para Proyectos y Desarrollos, que se reduzca a un 50% el monto de la indemnización que debe pagar la Contraloría por el perjuicio que le sobreviene a la primera como consecuencia de la declaratoria de nulidad del parágrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233, pues de acuerdo con el análisis que antecede la participación culpable de la convocada a la causación de su propio perjuicio no solo se manifestó por el incumplimiento de deberes legales que a ella le incumbían como contratista, que por igual concurren con los de la arrendataria, sino por las incurias propias del negocio que han quedado explicadas, que son las que llevan al Tribunal a concluir que Proyectos y Desarrollos contribuyó a la causación de su propio daño en un 50%, que es la razón para que en aplicación del artículo 2357 del Código Civil, se disponga la condena del 50%. Reducción esta que además de tener asidero en la norma citada, se apoya en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que unánimemente ha sostenido que, *"si la víctima solo coparticipa en la producción de su propio daño, hay lugar a que en la apreciación del daño se reduzca el monto indemnizatorio en la parte que le es imputable (art. 2357 del CC.)"*³⁹

En torno a lo que se acaba de exponer, procede el Tribunal a cuantificar el monto de la indemnización que la Contraloría deberá pagarle a Proyectos y Desarrollos por el perjuicio que a esta le sobreviene con ocasión de la declaratoria de nulidad que en el laudo se dispone.

Está demostrado en el proceso que Proyectos y Desarrollos hizo una inversión de \$32.948.758.721 con el fin de instalar de acuerdo con los requerimientos y necesidades de la Contraloría los inmuebles por adhesión y por destinación en la edificación arrendada. Esta cifra además de no haber sido controvertida en el proceso, la demuestran las

³⁹ Sentencia de 9 de junio de 2005, expediente 15260.

166

actas de entrega del mes de septiembre de 2012, varias veces referidas en esta providencia, donde las partes, en el literal g, acordaron fijar este valor, como el comercial de los inmuebles por destinación y adhesión, *"para los efectos de lo previsto en la Cláusula Sexta del Contrato"*.⁴⁰

También está probado el valor efectivamente depreciado, el cual asciende a la suma de \$8.115.324.408, porque en consideración al valor de la inversión, el tiempo de vigencia del contrato (2 años y 169 días) y el porcentaje de depreciación establecido (10% anual y proporcional por fracción de año), ese es resultado que fácilmente se obtiene a partir de los factores expresados, así:

Valor depreciado del 15 de julio de 2012 a 14 de julio de 2013 (365 días) de 10% \$3.294.875.872.

Valor depreciado del 15 de julio de 2013 a 14 de julio de 2014 (365 días) de 10% \$3.294.875.872.

Valor depreciado del 15 de julio de 2014 a 31 de diciembre de 2014 (169 días) de 4.63% \$1.525.572.664.

Valores estos que arrojan un total de \$8.115.324.408.

De acuerdo con este último dato (\$8.115.324.408), la suma que no se alcanzó a depreciar por la terminación del contrato el 31 de diciembre de 2014, asciende a \$24.833.434.313, que por contera es el valor de la inversión que Proyectos y Desarrollos aspiraba recuperar a título de compensación conforme a lo previsto en el parágrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233, pero que se frustra por razón de la nulidad que el Tribunal declara de dicho parágrafo, surgiendo de ahí la afectación patrimonial que se trata de remediar, porque como atrás quedó anotado, es la pérdida del instrumento contractual que las partes concibieron para que la arrendadora recuperara la inversión la que determina el surgimiento del daño, que en el caso se concreta en la imposibilidad de recuperar la suma no depreciada por valor de \$24.833.434.313, a título de compensación.

Pero además a esta suma debe restársele \$6.589.751.744,20, que equivale al 20% del valor comercial original de los bienes inmuebles por

⁴⁰ Cuaderno de Pruebas 5, folio 574.

162

destinación y adhesión instalados en el inmueble objeto del Contrato de Arrendamiento, conforme al dictamen de Colliers International, que señala "que únicamente un porcentaje máximo del 20% del total de la inversión sería recuperable por el propietario" con ocasión de la "reutilización" de tales bienes. Dictamen al cual el Tribunal le otorga pleno mérito probatorio no solo por la solvencia demostrada de quien lo emite, sino por su fundamentación y porque no fue desvirtuado por ninguna otra prueba.⁴¹

Ahora, como desde antes se había indicado, para efectos de determinar la verdadera dimensión del perjuicio y no propiciar un enriquecimiento que desvirtuara la naturaleza de la indemnización que habrá de disponerse, es imperioso hacer la deducción del valor ya indicado, tanto porque los bienes comprometidos en la inversión fueron adquiridos para ser instalados en la edificación arrendada a la Contraloría, como porque los mismos pueden ser reutilizados, así sea con el menor valor, por el arrendador, que es quien los detenta en su condición de propietario de los mismos.

Como igualmente quedó sentado con arreglo a lo demostrado, dado que la Contraloría contribuyó en un 50% a generar la nulidad, deberá ésta asumir el pago de los perjuicios causados a la arrendadora, en el porcentaje señalado, el cual equivale a \$9.121.841.284,40, que es el valor de la condena que habrá de imponérsele. Monto de condena que corresponde al 50% de la suma que no alcanzó a depreciarse (\$18.243.682.568,80), previa deducción del 20% antes explicado.

Suma esta que deberá pagarse reajustando su valor entre el primero de enero de 2015 y el día del pago conforme al IPC que el DANE certifique el día anterior. En todo caso el cumplimiento de la obligación deberá ajustarse a los términos establecidos por el inciso segundo del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Puestas así las cosas, la nulidad del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233, determina para Proyectos y Desarrollos, se insiste, una afectación patrimonial por cuanto pierde el instrumento

⁴¹ Página 26, Dictamen Colliers International, aportado en CD obrante a folio 378 del Cuaderno de Pruebas 5.

contractual que las partes concibieron para que la arrendadora recuperara la inversión económica realizada en bienes inmuebles por destinación y por adhesión para adecuar el inmueble a las necesidades y requerimientos de la arrendataria con el fin de que esta pudiera cumplir cabal y eficientemente las misiones y fines que la Constitución y la ley le encomiendan.

Obviamente que esa afectación patrimonial que habría de sufrir la arrendadora y que en parte surge como consecuencia de la irregular conducta de la Contraloría que ha quedado descrita, constituye un daño que no está obligada a tolerar, y que por ende debe ser indemnizado, por ser, como ya quedó anotado, un daño antijurídico, conforme al artículo 90 de la Constitución Política, es decir, como lo ha definido el Consejo de Estado, *"un perjuicio...provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo"*.⁴² Deber jurídico, que a las claras, en el presente caso brilla por su ausencia, pues ni la ley, ni el mismo contrato de arrendamiento celebrado por las partes, lo justifican.

Por lo demás, el juicio de imputabilidad a la entidad pública, o lo que es lo mismo la atribución jurídica del daño, tampoco puede ponerse en duda, en grado concurrente con la conducta de la arrendadora, conforme a la descripción probatoria antes realizada. Daño que en el caso se enmarca dentro del ámbito de la responsabilidad subjetiva por las conductas incuriosas y negligentes (culpas), que quedaron demostradas en el decurso de la contratación, como conductas irregulares y deficientes de la Contraloría.

Adicionalmente Proyectos y Desarrollos propuso **otras pretensiones (4.2.13, 4.2.14, 4.2.15. 4.2.16)** que el Tribunal negará porque en todas ellas se aspira a que la Contraloría cumpla prestaciones íntimamente ligadas con el parágrafo que se declarará nulo, como son *"retirar ... los inmuebles por destinación y adhesión"*, la entrega de *"los inmuebles objeto del arrendamiento ... previo retiro de los inmuebles por adhesión y destinación"*, y el pago del canon de arrendamiento *"durante el plazo que establezca el Tribunal para el retiro de los inmuebles por adhesión y destinación"*.

⁴² Sentencia de 26 de mayo de 2011.

Con todo, es claro que la Contraloría está obligada a restituir el inmueble objeto del arrendamiento, incluyendo los inmuebles por destinación y por adhesión, como consecuencia de la terminación del contrato y de la nulidad del parágrafo segundo de la cláusula sexta, como anteriormente se había anotado y como en la parte resolutive se dispondrá.

La pretensión 4.2.16 indica, *"Que, en caso de mora en el pago de las sumas a las cuales resulte condenada la Contraloría General de la República, se condene a esta entidad al pago de intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente sobre dichas sumas en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."* Como respuesta a esta pretensión, el Tribunal se limitará a señalar que el pago de la condena impuesta a la Contraloría debe sujetarse a las bases indicadas por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 195 numeral 4 del mismo estatuto.

Por último, Proyectos y Desarrollos pide en **la pretensión 4.2.17** *"...que se condene la Contraloría General de la República a pagar las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho"*.

Sobre las costas y agencias en derecho, el Tribunal se pronunciará más adelante.

9. EXCEPCIONES A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La Contraloría propuso en su oportunidad las siguientes excepciones:

La nulidad absoluta del Contrato 233 de 2012, por encontrarse viciado de nulidad, por objeto ilícito al haberse pretermitido el procedimiento de licitación pública para su celebración; la nulidad absoluta del contrato, al haberse celebrado por un término de diez años y desconocer la

120

prohibición de comprometer vigencias futuras que superaran el respectivo período de gobierno; la nulidad absoluta del Contrato 233 de 2012, por encontrarse viciada de nulidad, por objeto ilícito, en razón de que el mismo establece una prórroga automática del contrato que no está autorizada en la ley; la nulidad absoluta del contrato por causa ilícita, toda vez que la causa de este no coincide con la causa identificada en los estudios previos; la nulidad absoluta del contrato por violación del principio de planeación, por cuanto en los estudios previos no se incluyó la descripción completa de la necesidad, objeto, forma de contratación, elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato de compraventa de bienes muebles de oficina, en tanto que en el contrato celebrado se incluyó la contratación de dichos bienes, bajo el ropaje de arrendamiento de bienes inmuebles por destinación y por adhesión, lo que de paso constituye una simulación, con el fin de eludir el procedimiento de licitación pública; la nulidad absoluta del contrato por violación del principio de selección objetiva; nulidad absoluta del contrato, por cuanto el valor del canon pactado es superior al valor que consta en los documentos precontractuales, lo cual revela graves violaciones de las normas que regulan el principio de planeación y de selección objetiva; nulidad absoluta del contrato por causa ilícita, ya que este se celebró por un término de diez (10) años; la nulidad absoluta de la cláusula sexta del Contrato 233 de 2012, por encontrarse viciada de nulidad, por objeto ilícito; la nulidad absoluta de la cláusula sexta del Contrato 233 de 2012, por encontrarse viciada de nulidad, por objeto ilícito, en razón de que la misma establece una prórroga automática del contrato que no está autorizada en la ley y, además, desconoce los principios libre concurrencia, igualdad, imparcialidad y transparencia; la nulidad absoluta de la cláusula sexta del Contrato 233 de 2012, al haberse pactado allí un término de diez (10) para la amortización de los llamados inmuebles por adhesión y por destinación, lo cual desconoció la prohibición de comprometer vigencias futuras que superaran el respectivo período de gobierno; por último, cualquier otra excepción que encuentre probada el Tribunal.

Las doce excepciones esgrimidas, son todas expresivas de las que constituyeran las pretensiones de la demanda principal, a las cuales el Tribunal ya se refirió para desestimarlas. Lo que implica que, por su

171

parte, las excepciones serán tenidas como sin fundamento y en este sentido se decidirá.

10. JURAMENTO ESTIMATORIO

Considera el Tribunal que no obstante que la Contraloría objetó el juramento estimatorio prestado por Proyectos y Desarrollos en relación con el valor de la indemnización pretendida por los perjuicios supuestamente sufridos por esta, no hay lugar a imponer la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso por dos razones concurrentes: (i) porque la causa del fracaso de las respectivas pretensiones no fue la ausencia de prueba de los perjuicios invocados, sino la inexistencia del incumplimiento contractual alegado y (ii) porque Proyectos y Desarrollos no actuó con temeridad o mala fe en la estimación de los perjuicios, como lo exige el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, modificatorio del artículo 206 del Código General del Proceso. Además, la pretensión que se reconoce por el daño antijurídico si bien es cierto que prospera por un valor inferior al cincuenta por ciento de lo pedido, la razón de tal decisión se explica en la reducción ordenada por virtud de la aplicación del artículo 2357 del Código Civil.

11. COSTAS

El Código General del Proceso regula lo que concierne con las costas del proceso, como lo hacía el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 365, en el sentido de que la parte vencida será condenada al pago en favor de la otra (numeral 1), y luego, en el numeral 6, dispone que si prospera parcialmente la demanda, el juez pueda abstenerse de

condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

Como quedó expuesto, la demanda principal de la Contraloría, en el escenario de sus pretensiones aunque por razones distintas, contó con la decisión favorable en lo que concierne con la cláusula sexta del Contrato 233, parágrafo segundo, cuya nulidad ha de decretarse en la parte resolutive de este laudo, y con rechazo de la pretensión principal de nulidad absoluta del contrato. Del mismo modo, la demanda de reconvenición, también alcanzó parcialmente declaración favorable en cuanto al daño antijurídico.

Para el Tribunal, el resultado de la gestión procesal de las partes permite apreciar que la liquidación de costas deba someterse al criterio impuesto en el Código General del Proceso en cuanto deja margen de arbitrio al juzgador para abstenerse de condenar en costas cuando llega a ocurrir situaciones como las planteadas en este debate arbitral.

En ese orden de ideas, el Tribunal concluye, con apoyo en lo expuesto, que no es del caso condenar en costas a ninguna de las partes. En consecuencia, éstas asumirán los gastos en la forma convenida en el compromiso. Y en cuanto las agencias en derecho serán asumidas igualmente en lo que le corresponde a cada parte.

CAPÍTULO CUARTO

PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERA: SE NIEGAN las pretensiones principales y subsidiarias propuestas en la demanda reformada por la Contraloría General de la República contra Proyectos y Desarrollos I S.A., respecto del Contrato de arrendamiento 233 de 29 de marzo de 2012.

SEGUNDA: SE NIEGA la pretensión principal declarativa 4.1.1., formulada en la demanda de reconvención reformada por Proyectos y Desarrollos I S.A. contra la Contraloría General de la República, porque el parágrafo segundo de la cláusula sexta del referido contrato habrá de declararse nulo.

TERCERA: SE DECLARA que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, se rige por las estipulaciones contenidas en el mismo, y por las disposiciones comerciales y civiles que le son aplicables, con excepción de las estipulaciones contenidas en el parágrafo segundo de la cláusula sexta que habrá de declararse nulo. (4.1.2)

CUARTA: SE DECLARA que el Contrato 233 de 29 de marzo de 2012 es un contrato estatal que contiene los elementos esenciales del contrato de arrendamiento, pero afectado de nulidad en cuanto a lo

124

estipulado en el párrafo segundo de la cláusula sexta, como habrá de declararse. (4.1.3)

QUINTA: SE DECLARA que el Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, en su esencia y naturaleza es un contrato de arrendamiento, con excepción de lo estipulado en el párrafo segundo de la cláusula sexta, conforme a la nulidad que de este habrá de declararse. (4.1.4)

SEXTA: SE DECLARA que las partes celebraron el Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad y en orden al cumplimiento de los fines estatales de la Contraloría General de la República, con excepción de lo acordado en el párrafo segundo de la cláusula sexta que habrá de declararse nulo. (4.1.5)

SÉPTIMA: SE NIEGA la pretensión principal declarativa 4.1.6 propuesta en la demanda de reconvención reformada por Proyectos y Desarrollos I S.A., contra la Contraloría General de la República en consideración a la nulidad que habrá de declararse y a los fundamentos expuestos para el efecto, del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012.

OCTAVA: SE DECLARA que la cláusula Sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012 contiene elementos accidentales del contrato de arrendamiento, pero el párrafo segundo, que habrá de declararse nulo, comporta elemento que no es accidental, sino constitutivo de un pacto adicional extraño al arrendamiento. (4.1.7)

NOVENA: SE DECLARA, conforme se expuso en la parte motiva, que el registro presupuestal no constituye un requisito de validez del contrato estatal sino de ejecución. (4.1.8)

DÉCIMA: SE DECLARA que las partes de manera libre y consciente pactaron que el Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, tendría un plazo de dos años, el cual fue prorrogado expresamente hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha en la cual tuvo lugar el vencimiento. (4.1.9 y 4.1.10)

DÉCIMA PRIMERA: SE DECLARA que las partes no pactaron prórroga automática alguna del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, ni tampoco que éste tendría un plazo de diez años. (4.1.11 y 4.1.12)

DÉCIMA SEGUNDA: SE DECLARA que de conformidad con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, el principio del equilibrio económico se predica de los contratos estatales en general, como lo es el Contrato 233 de 29 de marzo de 2012. (4.1.13)

DÉCIMA TERCERA: SE DECLARA que de conformidad con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y los artículos 1603, 1497 y 1498 del Código Civil, en el Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, se debe mantener la igualdad o equivalencia de las prestaciones surgidas al momento de contratar, conforme a las estipulaciones contractuales que no resulten afectadas de nulidad, como en el caso se declarará en cuanto se refiere al párrafo segundo de la cláusula sexta. (4.1.14)

DÉCIMA CUARTA: SE DECLARA que proyectos y Desarrollos I S.A. cumplió el Contrato 233 de 29 de marzo de 2012. (4.1.15)

DÉCIMA QUINTA: SE NIEGA la pretensión 4.1.16 principal declarativa de la demanda de reconvención reformada de Proyectos y Desarrollos I S.A., dada la nulidad de párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, que habrá de declararse.

DÉCIMA SEXTA: SE NIEGA la pretensión principal declarativa 4.1.17 formulada en la demanda de reconvención reformada por Proyectos y Desarrollos I S.A. contra la Contraloría General de la República, porque la demandante reconviniente no demostró el comportamiento abusivo que le imputa a la entidad pública contrademandada.

DÉCIMA SÉPTIMA: SE DECLARA que el Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, terminó por vencimiento del plazo y no fue prorrogado por las partes. (4.1.18)

DÉCIMA OCTAVA: SE NIEGA la pretensión 4.1.19, propuesta por Proyectos y Desarrollos I S.A., por la nulidad del párrafo segundo de

la cláusula sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, que habrá de ser declarada.

DÉCIMA NOVENA: SE NIEGAN las pretensiones principales declarativas 4.1.20 y 4.1.21, propuestas por Proyectos y Desarrollos I S.A., en tanto las mismas se formulan como consecuencia de la 4.1.19 que se niega. Por igual razón, **SE NIEGA** la pretensión 4.1.22, que la parte directamente vincula al resultado favorable de las pretensiones anteriores.

VIGÉSIMA: Por similar razón, **SE NIEGA** la pretensión principal declarativa 4.1.23 propuesta por Proyectos y Desarrollos I S.A., pues la misma pende de la prosperidad de las pretensiones precedentes que resultan negadas como consecuencia de la declaratoria de nulidad del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, que habrá de disponerse.

VIGÉSIMA PRIMERA: PROCEDE la liquidación del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, pero teniendo en cuenta la declaratoria de nulidad del párrafo segundo de la cláusula sexta, en cuanto elimina la compensación, y excluyendo de la misma el pago de la cláusula penal porque conforme a lo anteriormente declarado no se deduce incumplimiento contractual del parte de la Contraloría General de la República. (4.1.24)

VIGÉSIMA SEGUNDA: SE NIEGA la pretensión principal de condena 4.1.25, mediante la cual Proyectos y Desarrollos I S.A., pretende de la Contraloría General de la República el pago de la cláusula penal debidamente indexada, por cuanto no se declaran los incumplimientos afirmados por la reconviniente.

VIGÉSIMA TERCERA: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, **SE NIEGA** la pretensión principal de condena 4.1.26, mediante la cual Proyectos y Desarrollos I S.A., impetra el pago de la compensación pactada debidamente indexada.

VIGÉSIMA CUARTA: Por similar razón a la anterior, **SE NIEGAN** las pretensiones principales de condena 4.1.27, 4.1.28 y 4.1.29, propuestas

127

por Proyectos y Desarrollos I S.A. en la demanda de reconvención reformada.

VIGÉSIMA QUINTA: SE NIEGA la pretensión 4.1.30 de la misma demanda de reconvención reformada, en cuanto pretende que la Contraloría General de la República sea condenada a indemnizar perjuicios por incumplimiento contractual, pues éste no se declarará. Respecto a la pretensión subsidiaria de daño antijurídico, estése a lo decidido en la resolución trigésima novena.

VIGÉSIMA SEXTA: SE NIEGAN las pretensiones principales de condena 4.1.31 y 4.1.32, concernientes al pago de intereses legales civiles y moratorios, por cuanto como respuesta a las pretensiones principales declarativas y de condena, no se han impuesto a la Contraloría General de la República condenas al pago de obligaciones dinerarias que puedan causar los intereses reclamados.

VIGÉSIMA SÉPTIMA: DE OFICIO, de conformidad con lo consagrado por el inciso 3º del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal Arbitral **DECLARA LA NULIDAD ABSOLUTA DEL PARÁGRAFO SEGUNDO DE LA CLÁUSULA SEXTA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO No. 233 de 29 de marzo de 2012**, celebrado entre la Contraloría General de la República como arrendataria y Proyectos y Desarrollos I. S.A. como arrendadora, cuyo tenor dice: "**Parágrafo Segundo.-** Se establece contractualmente como tiempo de depreciación total para los inmuebles por destinación y por adhesión que hacen parte del arrendamiento, la cantidad de diez (10) años, depreciación esta que deberá ajustarse a las normas contables vigentes. Igualmente se establece de común acuerdo que, a partir de la fecha de la entrega de los inmuebles a la ARRENDATARIA, tales inmuebles e instalaciones se irán depreciando de tal manera que su valor comercial, pactado inicialmente en la suma que para tal efecto aparezca en el ACTA DE ENTREGA, se disminuirá anualmente por un monto equivalente al diez por ciento (10%) de dicho valor y proporcionalmente por fracción de año. Como quiera que la distribución interna y ubicación de los espacios de trabajo, las divisiones, y en general de los inmuebles por adhesión y por destinación han sido diseñados, y se dispondrán e instalarán exclusivamente en función de las necesidades de la ARRENDATARIA,

esta última se reputará dueña y adquirirá por tanto el derecho de disposición plena de tales bienes a partir del momento de la terminación del contrato de arrendamiento por cualquier causa. En ese orden de ideas si los inmuebles por naturaleza son restituidos definitivamente a EL ARRENDADOR antes de transcurridos diez (10) años a partir de la fecha prevista para la entrega a LA ARRENDATARIA, ésta deberá pagar a favor de EL ARRENDADOR, a título de compensación y previa la formalización de las reservas presupuestales del caso y las normas legales que le aplicaren, una suma igual a la resultante de restarle al valor comercial inicial acabado de expresar, el diez por ciento (10%) de dicho valor por cada año completo transcurrido del arrendamiento y proporcionalmente por fracción de año. Terminado el arrendamiento la ARRENDATARIA deberá retirar las divisiones, puestos de trabajo, escritorios y en general todos los inmuebles por destinación y por adhesión de manera inmediata. Si el contrato termina después de los diez (10) primeros años, no por ello se alterarán, a partir del décimo año, las condiciones que sirvieron de base para la determinación del canon en la medida en que las divisiones, puestos de trabajo, e inmuebles por destinación y por adhesión siguen siendo de propiedad de EL ARRENDADOR”.

Dispuesta la declaración anterior, **el Tribunal procede a resolver el “segundo bloque” de “pretensiones subsidiarias”**, propuestas por Proyectos y Desarrollos I S.A., para el evento en que el Contrato 233 fuera declarado nulo total o parcialmente, como en efecto ocurrió al hacer la declaración anterior, vigésima séptima.

VIGÉSIMA OCTAVA: SE DECLARA, con la precisión expuesta en la parte motiva, que Proyectos y Desarrollos I S.A., en la etapa precontractual y contractual ajustó su conducta al principio de la buena fe. En estos términos **se accede** a la pretensión 4.2.1 de las subsidiarias declarativas del segundo bloque.

VIGÉSIMA NOVENA: Conforme se pide en las pretensiones 4.2.2. y 4.2.3 declarativas subsidiarias del “segundo bloque”, **SE DECLARA** que la escogencia del procedimiento de selección era competencia y responsabilidad funcional exclusiva de la Contraloría General de la República, razón por la que igualmente **SE DECLARA** que Proyectos y

Desarrollos I S.A. no intervino en la decisión de la adjudicación del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012.

TRIGÉSIMA: SE NIEGA la pretensión 4.2.4 declarativa subsidiaria del segundo bloque, porque ella se refiere a un elemento del conocimiento pleno de Proyectos y Desarrollos I S.A. acerca del cumplimiento de todos los requisitos para la celebración y ejecución del contrato, que resulta desvirtuado por la falta de diligencia expuesta en la parte motiva, conforme a lo verificado en el proceso.

TRIGÉSIMA PRIMERA: SE DECLARA que Proyectos y Desarrollos I S.A., confió legítimamente en que la Contraloría General de la República honraría sus compromisos contractuales y con base en ello suscribió el Contrato 233 de 29 de marzo de 2012. (4.2.5)

TRIGÉSIMA SEGUNDA: SE DECLARA que durante la ejecución del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, la Contraloría General de la República no informó a Proyectos y Desarrollos I S.A., duda alguna en relación con la validez del Contrato 233. (4.2.6)

TRIGÉSIMA TERCERA: SE DECLARA que Proyectos y Desarrollos I S.A., ejecutó integralmente las prestaciones a su cargo durante la totalidad del plazo de duración del Contrato 233, y con ello satisfizo el interés público funcionalmente a cargo de la Contraloría. (4.2.7)

TRIGÉSIMA CUARTA: SE NIEGA la pretensión 4.2.8 del segundo bloque de pretensiones subsidiarias declarativas, porque la causal de nulidad verificada se configuró a partir de la conducta observada por ambas partes, conforme lo analizado en la parte considerativa de este laudo.

TRIGÉSIMA QUINTA: SE DECLARA que la Contraloría General de la República se benefició mediante el uso, durante la totalidad del plazo pactado, de la prestación ejecutada por Proyectos y Desarrollos I S.A., consistente en la inversión realizada para satisfacer los requerimientos y necesidades de la Contraloría General de la República. (4.2.9)

TRIGÉSIMA SEXTA: SE NIEGA la pretensión declarativa subsidiaria del segundo bloque 4.2.10, porque la nulidad declarada se deriva de la conducta que ambas partes desplegaron en la celebración del Contrato

233 de 29 de marzo de 2012, como se expuso en la parte considerativa de este laudo.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA: SE NIEGA la pretensión declarativa subsidiaria del segundo bloque 4.2.11, por lo dispuesto en la resolución vigésima séptima sobre la nulidad absoluta del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012.

TRIGÉSIMA OCTAVA: Por la razón anterior, es decir, la nulidad declarada del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, **SE NIEGAN** las pretensiones subsidiarias de condena del segundo bloque 4.2.12, 4.2.13, 4.2.14 y 4.2.15

TRIGÉSIMA NOVENA: SE ACCEDE a la pretensión subsidiaria de la pretensión subsidiaria de condena del segundo bloque, disponiéndose **CONDENAR** a la Contraloría General de la República a pagarle a Proyectos y Desarrollos I S.A., la suma de nueve mil ciento veintiún millones ochocientos cuarenta y un mil doscientos ochenta y cuatro pesos con cuarenta centavos (\$9.121.841.284,40), correspondiente a la indemnización del daño antijurídico que esta última habría de soportar como consecuencia de la nulidad del párrafo segundo de la cláusula sexta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

CUADRAGÉSIMA: La condena impuesta, en el ordinal anterior, deberá pagarse en el término establecido por el inciso segundo del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, corrigiendo su valor para el día del pago con base al índice de precios al consumidor que el DANE certifique el día anterior al pago, entre el primero de enero de 2015 y la fecha de ejecutoria de este laudo; y a partir de los tres meses siguientes a la ejecutoria del laudo devengará intereses moratorios a la tasa equivalente al DTF, conforme lo consagra el artículo 195 numeral 4º. del citado código, quedando así resuelta la pretensión subsidiaria de condena 4.2.16 del segundo bloque.

CUADRAGÉSIMA PRIMERA: Como consecuencia de la nulidad que se declara y del vencimiento del término del contrato, **SE ORDENA** a la Contraloría General de la República restituirle a Proyectos y Desarrollos I

S.A., a la ejecutoria del presente Laudo, el inmueble objeto del contrato de arrendamiento en el estado en que actualmente se encuentra, es decir, con los inmuebles por destinación y por adhesión que al mismo se integraron. Consecuentemente se dispone que Proyectos y Desarrollos I S.A., está obligada a recibirlos, sin dilación.

CUADRAGÉSIMA SEGUNDA: De conformidad con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, y conforme a lo explicado en la parte motiva de este laudo, no procede ninguna otra restitución como consecuencia de la nulidad declarada del párrafo segundo de la cláusula sexta del mencionado Contrato 233.

CUADRAGÉSIMA TERCERA: Porque ninguna de las pretensiones principales y subsidiarias de la Contraloría General de la República tiene éxito, no hay lugar a pronunciamiento alguno respecto de las **excepciones de mérito** que contra ellas propuso Proyectos y Desarrollos I S.A.

CUADRAGÉSIMA CUARTA: SE DECLARAN sin fundamento las **excepciones** de mérito de nulidad absoluta del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, por las diversas causas que formula la Contraloría General de la República contra la demanda de reconvención, conforme se analizó en la parte motiva. Igualmente **SE DECLARAN** sin fundamento las **excepciones** de mérito propuestas por la misma parte en relación con la nulidad absoluta de la totalidad de la cláusula sexta del mencionado contrato por objeto ilícito de haberse pretermitido el procedimiento de licitación pública; contener una prórroga automática no autorizada por la ley y desconocer los principios de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad y transparencia, así como la nulidad absoluta de la misma cláusula por haberse pactado un término de diez años para la amortización de los inmuebles por adhesión y destinación, en tanto desconoce la prohibición de comprometer vigencias futuras.

CUADRAGÉSIMA QUINTA: LIQUIDACIÓN: Se declara la liquidación del Contrato 233 de 29 de marzo de 2012, celebrado entre Proyectos y Desarrollos I. S.A y la Contraloría General de la República para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto en este laudo respecto del daño antijurídico de la disposición trigésima novena.

CUADRAGÉSIMA SEXTA: COSTAS: No hay condena en costas para ninguna de las partes, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

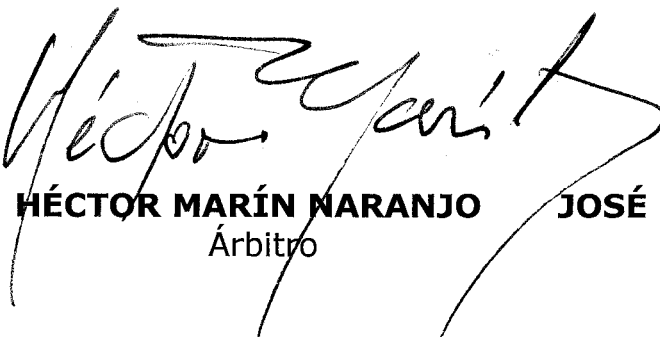
En firme este Laudo, entréguese el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para los efectos indicados en el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

Por secretaría expídanse copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ

Árbitro -Presidente


HÉCTOR MARÍN NARANJO
Árbitro


JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ
Árbitro


CLARA LUCÍA URIBE BERNATE
Secretaria

ÍNDICE LAUDO ARBITRAL

CAPÍTULO PRIMERO: TRÁMITE ARBITRAL

1. PARTES	1
1.1. Parte Convocante	1
1.2. Parte Convocada	2
2. PACTO ARBITRAL	2
3. DEMANDA (SOLICITUD DE CONVOCATORIA)	4
4. NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL	5
5. ADMISION, NOTIFICACIÓN, CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, DEMANDA DE RECONVENCIÓN, REFORMAS Y TRASLADO DE EXCEPCIONES	5
6. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN	6
7. FIJACIÓN DE HONORARIOS POR EL TRIBUNAL	7
8. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE	7
8.1 Competencia del Tribunal	7
8.2. Auto de Pruebas	8
9. AUDIENCIA DE ALEGATOS	8
10. TÉRMINO DEL PROCESO	8

CAPÍTULO SEGUNDO: SÍNTESIS DEL PROCESO

1. LA DEMANDA DE LA CONTRALORÍA	9
1.1 Las Pretensiones	9
1.2 Los Hechos	10
2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	12

2.1 En cuanto a las Pretensiones de la Demanda	12
2.2 En cuanto a los Hechos de la Demanda	12
2.3 Excepciones	12
3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	13
3.1 Las Pretensiones	13
3.2 Los Hechos	13
3.3 El Juramento Estimatorio	14
4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	14
4.1 En cuanto a las Pretensiones de la Demanda	14
4.2 En cuanto a los Hechos de la Demanda	15
4.3 Las Excepciones	15
4.4 La Objeción al Juramento Estimatorio	15
5. LAS PRUEBAS DECRETADAS	15
5.1 Documentales	15
5.2 Testimonios	15
5.3 Oficios	16
5.4 Exhibición de documentos	17
5.5 Dictámenes periciales aportados por la convocada	17
6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	17
6.1. Contraloría	18
6.2. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – (ANDJE)	20
6.3. Proyectos y Desarrollos	21
6.4. Concepto del Ministerio Público	23

CAPÍTULO TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. COMPETENCIA	24
2. EL CONTRATO 233 de 2012 Y ACTOS MODIFICATORIO Y ADICIONAL	34
2.1. Descripción general	34
3. DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA	39
3.1. Posición de la convocante	39
4. DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO 233	40

5.	DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SEXTA DEL CONTRATO 233	67
6.	DE LA NULIDAD DEL PARÁGRAFO SEGUNDO DE LA CLÁUSULA SEXTA	71
6.1.	Examen y declaración oficiosa	72
6.2.	Consecuencias de la declaración de nulidad	113
7.	EXCEPCIONES DE PROYECTOS Y DESARROLLOS	119
8.	DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA	120
8.1	Posición de la demandante en reconvención	120
8.2	Pretensiones principales declarativas	121
8.3	Pretensiones principales de condena	129
8.4	Pretensiones subsidiarias declarativas	132
8.5	Pretensiones subsidiarias de condena	137
9.	EXCEPCIONES A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	152
10.	JURAMENTO ESTIMATORIO	154
11.	COSTAS	154
	<u>CAPÍTULO CUARTO: PARTE RESOLUTIVA</u>	156